وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
كلية الحقوق

حق الإرتفاق
في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير
فرع العقود والمسوؤلية

من إعداد الطالب : تحت إشراف الأستاذ :
* زيدان محمد * بن شنيتي حميد

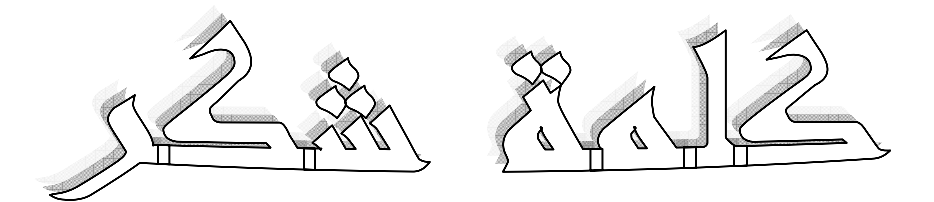
<u>لجنة المناقشة</u> :

الأستاذة : محمدي فريدة رئيسا

الأستاذ : بن شنيتي حميد مقررا

الأستاذة : خواص جويدة عضوا

السنة الجامعية
2004-2003



أقدم شكري وإمتناني إلى أستاذي الفاضل

الدكتور " بن شنيتي حميد " الذي لم يبخل علي

بنصحه وإرشاده وحسن إشرافه طيلة مراحل البحث.

كما أتقدم تقديري إلى الأستاذة الدكتورة

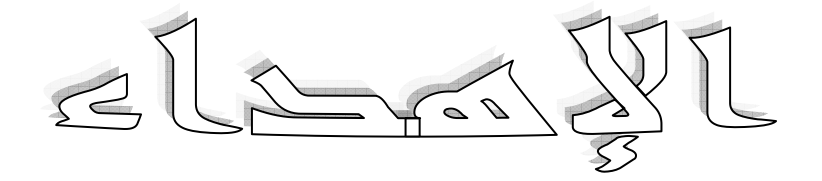
" محمدي فريدة "

على كل ما قدمته لي من توجيه ونصح لحظة اختيار

هذا الموضوع، إلى حين إيداع المذكرة.

كما لأن أنسى توجيه الشكر الجزيل لجميع من

ساعدني على كتابة هذا البحث وإخراجه إلى النور.



إلى أبي وأمي الكريمين

أولي الفضل علي وأهل الشكر والثناء

إلى زوجتي وإبني ولي العهد " أنس "

إلى روح صديقي العزيز رحمة ا   عليه

وإلى كل الأحبة والأصدقاء

إلى أستاذي الفاضل

الدكتور" بن شنيتي حميد "

وإلى أستاذتي الدكتورة " محمدي فريدة "

* محمد زيدان *

المقدمة

منذ أن بدأ تطور المجتمع وإجتماع الناس في مكان واحد، ومعايشتهم لبعضهم البعض بتجاورهم في الأملاك والمساكن وخاصة في المدن والأرياف، فإن كل ذلك إستوجب منذ القديم لزوم إستحداث نظام يمنع تصادم الناس أو الأهل في إستغلال كل منهم لأملاكه خاصة العقارية بصفة لا تضر بجاره.

وإذا كان نظام الملكية وحرية تصرف كل شخص في أملاكه هو نظام قديم فا يختلف الأمر بالنسبة للحدود والضوابط التي تحكم وضع قواعد لإستغلال المالك لملكيته العقارية وهو أيضا نظام عرف منذ زمان وتطور مع تطور نظام الملكية.

وقد عرفت الحضارة الإسلامية عرفت حقوق الإرتفاق منذ بداية قيامها إذ يوجد تأصيل فقهي لها يتمثل في قول سيدنا عمر بن الخطاب – رضي ا عنه – حينما عرضت عليه مسألة تتمثل في: " أنه كان للضحاك بن خليفة الأنصاري أرضا لا يصل إليها الماء إلا إذا مر ببستنان لمحمد ابن مسلمة ، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه ، فأتى الضحاك، عمر ابن الخطاب رضي ا عنه ، فقال لابن مسلمة :" عليك فيه ضرر؟ قال لا ، فقال له :" لما تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشرب به أولا وآخرا لا يضرك "؟ " فقال محمد :" لا وا " ، فقال عمر:" وا لو لم أجد له ممر إلا على بطنك لأمررته، وقضى بتمكين الضحاك من إمرار الماء في أرض محمد بن مسلمة وأمر بحفر القناة ". [1] [2].

وقد تطورت الإرتفاقات أكثر في الحضارة الاسلامية بتطور التمدن، كإرتفاقات السفل والعلو، والممر والمجرى والمسيل كما جاءت به أحكام المجلة في عدة مواد[3].

---

[1] د/ أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بدون سنة، ص 92.

[2] د/ بلحاج العربي، مقال بعنوان "حقوق الإرتفاق في الفقه الإسلامي" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، السنة 1996 ج 34 رقم 04، ص 670.

[3] مجلة الأحكام العدلية، المطبعة العثمانية، القسطنطينية، 1305هـ ، الطبعة الثانية، خاصة المواد: (05)، (19)، (1192).

فإنه بالرغم من أن نظام الملكية ورد بدون تفرقة بين الأشياء، إلا أن إهتمام المشرعين انصب على تنظيم الملكية العقارية خاصة بحكم أن العقار يوصف بالثبات ويعطي لصحابه نوعا من السيادة، وبالتالي يجب أن تخضع هاته السيادة لتنظيم ورقابة أشمل من جانب الدولة[1].

فإذا كان حق الملكية مطلق يمنح المالك سلطات التصرف، الاستغلال والاستعمال فالهدف الأصلي له إشباع حاجات شخصية، غير أن التطور الحاصل أدى لإمكان تصور توجهه لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية في سبيل المصلحة العامة للمجتمع، لأجل هذا كان لابد من تقييد هذه السلطات الثلاث وإحاطتها بحدود وقيود قانونية لأداء هذه الوظيفة[2].

كما أن الفقه الغربي عرف بدوره حقوق إرتفاق أملتها نفس الظروف تتمثل خاصة في التطورات الاقتصادية التي حدثت نتيجة الثورة الفرنسية وما صاحبها من أفكار أدت لإحداث فلسفة تشريعية معينة أثرت على تطور النصوص الخاصة بالارتفاق، وذلك باعتباره مقرر بالاستغلال فمن الطبيعي أن يتأثر بتغير وسائل الإنتاج.

وقد تطور هذا الفقه لاعتبار أن الارتفاق هو الفكرة العينة للالتزام التي مضمونها أن الارتفاق يقرر مباشرة على العقار بغير تدخل المالك[3].

أما عن حقوق الإرتفاق في القانون الجزائري – موضوع دراستنا – فإن المشرع سار على منوال القانون المدني الفرنسي، وحتى المصري.

فغاية دراستنا هي محاولة بيان المفهوم العام لحق الارتفاق في القانون الجزائري وذلك ببيان : شروطه وخصائصه، وأحكامه وآثاره.

ونحاول في البدأ تناول العلاقة ما بين حق الارتفاق وبين مفاهيم متقاربة ونخص بالذكر علاقته بالقيود القانونية التي ترد على حق الملكية.

---

[1] د/ أحمد سلامة : الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1980، ص11

[2] د/ نزيه محمد الصادق : الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 7.

[3] عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة : الالتزام العيني بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1972، ص 633.

والمسألة المهمة التي أثارت بعض الخلاف لدى الفقه وما تزال مطروحة لحد الآن تتعلق خاصة بالقيود القانونية على حق الملكية، فهل هي بمثابة ارتفاقات أم لا ؟ وما طبيعتها القانونية ؟ وهو الأمر الذي سنحاول توضيحه.

وإن دراستنا تشمل أيضا لمحاولة مقاربة بعض المفاهيم التي تعتبر أحكامها قريبة جدا من حقوق الارتفاق العينية إذ نتولى بالدراسة جانبين أو أمرين هامين في هذا المجال وهما :

أولا : أحكام نظام الملكية المشتركة في العقارات.

ثانيا : أحكام بعض الالتزامات الخاصة في المحل التجاري.

ذلك أن النظرة السطحية لكل موضوع على حدى تطرح العديد من التساؤلات حول ما مدى علاقة كل منهما بموضوع، دراستنا الأصلي وهو حق الارتفاق التقليدي المعروف؟

وإن محاولة جوابنا على هذا الالتباس وتبديد مختلف التساؤلات هي غاية دراستنا هاته.

ومن ثم تبرز لنا الإشكالية الأولى التي تبدو في موضوع دراستنا ونطرحها كما يلي :

ما مدى إمكانية توسع المفهوم التقليدي لحق الارتفاق، وهل يمكن أن يشمل أحكام أخرى مقاربة له قد ترتقي لمصافه ؟

من خلال هاته الإشكالية تبرز منها العديد من الأسئلة التي نطرحها كما يلي :

- هل يمكن ورود استثناءات على المفهوم التقليدي لحق الارتفاق ؟
- هل تعتبر القيود القانونية الواردة على حق الملكية بمثابة ارتفاقات عادية أم لا ؟
- هل يمكن أن ترتقي بعض التزامات الشركاء في الملك إلى التزامات عينية ومن ثم حقوق ارتفاق؟
- هل يمكن اعتبار بعض الالتزامات المترتبة عن التصرف في المحل التجاري، كالالتزام بعدم المنافسة التزامات عينية كحق الارتفاق ؟

فإنه وعلى ضوء هذه التساؤلات التي تحدد إشكالية الموضوع يتحدد مجال دراستنا هذه والتي نرى من الأولوية تناولها وفق الخطة والتقسيم الآتي :

وبالنظر لسعة الموضوع ولضرورة تناول كل جزء منه بتفصيل معين ارتأيتنا أن نقدمه في خطة من ثلاثة فصول والتي نقسمها على النحو التالي :

نتناول في الفصل الأول تحديد المفهوم العام لحق الارتفاق، ونقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول يتعلق ببيان تعريفه وكذا خصائصه المميزة.

والمبحث الثاني يخص تمييزه عن بعض الحقوق وبصفة أخص علاقته بالقيود القانونية الواردة على الملكية.

أما في الفصل الثاني : نتوجه من خلاله لتوضح أهم أحكام حق الارتفاق وآثاره ونقسمه أيضا إلى مبحثين:

- الأول يتعلق بأحكام حق الارتفاق (النشأة والاستعمال).
- والثاني يتعلق بالآثار المترتبة (نفاذه وانتهائه).

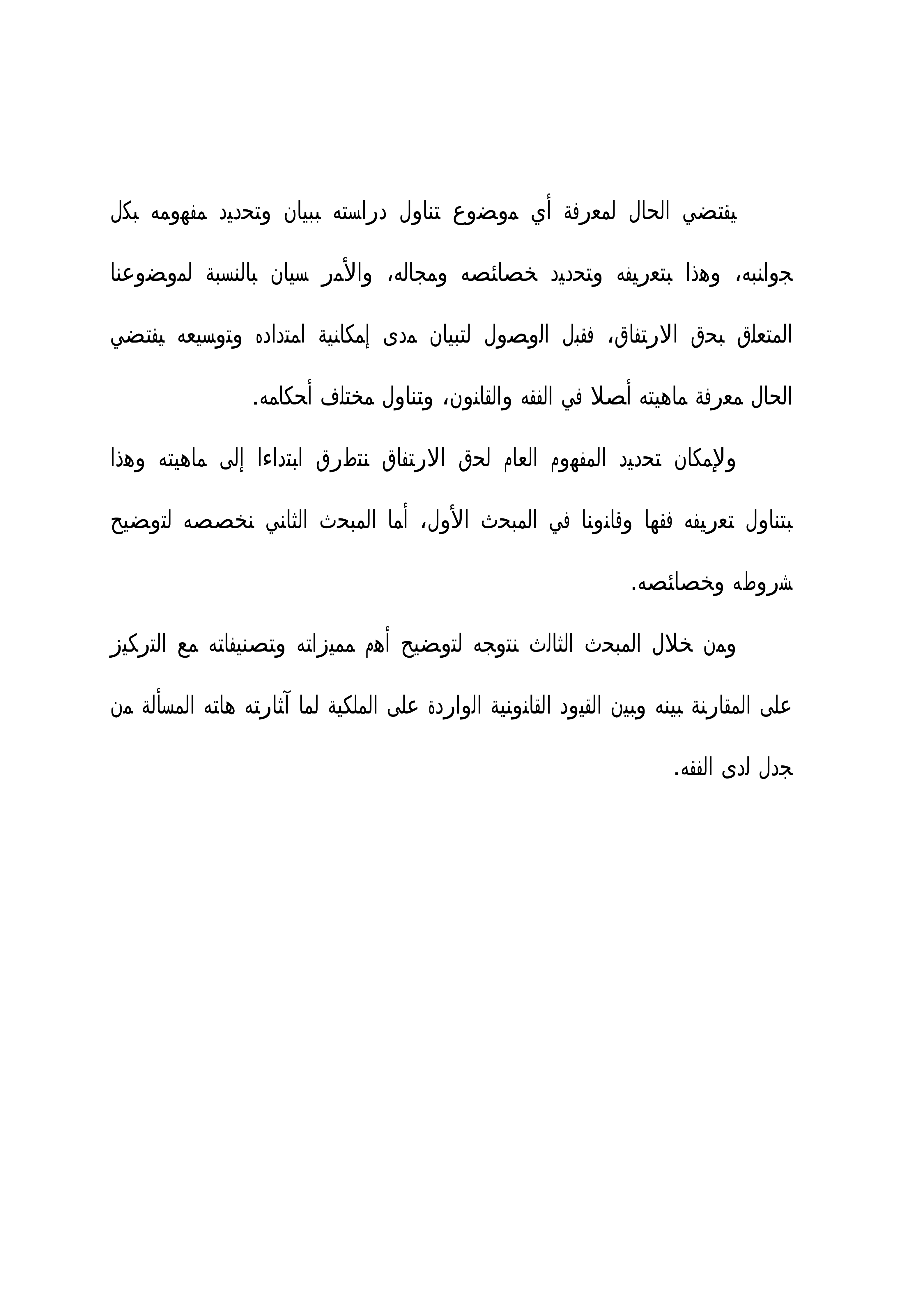
ونأتي في الفصل الثالث لنخصصه إلى توسيع مفهوم حق الارتفاق، ونتناوله في ثلاث (03) مباحث :

المبحث الأول، يخص الالتزامات وحقوق الارتفاق،

المبحث الثاني يتعلق بارتقاء الالتزامات الناشئة عن الملكية المشتركة إلى حقوق ارتفاق،

والمبحث الثالث يتعلق بارتقاء الالتزام بعدم المنافسة في المحل التجاري إلى حق ارتفاق.

الفصل الأول
في المفهوم العام
لحق الإرتفاق



يقتضي الحال لمعرفة أي موضوع تناول دراسته ببيان وتحديد مفهومه بكل جوانبه، وهذا بتعريفه وتحديد خصائصه ومجاله، والأمر سيان بالنسبة لموضوعنا المتعلق بحق الارتفاق، فقبل الوصول لتبيان مدى إمكانية امتداده وتوسيعه يقتضي الحال معرفة ماهيته أصلا في الفقه والقانون، وتناول مختلف أحكامه.

ولإمكان تحديد المفهوم العام لحق الارتفاق نتطرق ابتداءا إلى ماهيته وهذا بتناول تعريفه فقها وقانونا في المبحث الأول، أما المبحث الثاني نخصصه لتوضيح شروطه وخصائصه.

ومن خلال المبحث الثالث نتوجه لتوضيح أهم مميزاته وتصنيفاته مع التركيز على المقارنة بينه وبين القيود القانونية الواردة على الملكية لما آثارته هاته المسألة من جدل لدى الفقه.

المبحث الأول
ماهية حق الإرتفاق

إن بداية أي موضوع تقتضي تناول تعريفه، وباعتبار ما سبق لنا التطرق له في المقدمة بأن حق الارتفاق تطور منذ زمان بتطور حق الملكية ذاته، لذلك اهتم به الفقه وحاول إعطاء تعريفا له.

نتناول من خلال هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين : الأول يتعلق بالتعريف من جانب سواءا الفقه الوضعي أو فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثم نخصص المطلب الثاني إلى التعريف القانوني له ونقصد به القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول
التعريف الفقهي

لقد تناول الفقهاء حق الارتفاق بالدراسة اللازمة، وبصفة أخص الفقه الفرنسي، ولهذا سنتناول ابتداءًا معنى الارتفاق اصطلاحا لدى فقهاء القانون الوضعي، ثم نعرض لمعناه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، قبل أن نصل لتحديد تعريفه القانوني في المطلب الثاني.

أولا : تعريفه في الفقه الوضعي[1][2]:

إن المتعارف عليه فقها هو إطلاق لفظ servitude على حقوق الإرتفاق كما فعل المشرع الفرنسي، حيث سماها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من المجموعة المدنية des servitudes ou service foncier.

ثانيا: تعريفه في الشريعة الإسلامية

---

[1] إن الاصطلاح الفرنسي يطلق أحيانا على حقوق الإرتفاق العقارية عبارة : servitudes prédiales, ou foncières, ou réelles أي حقوق الإرتفاق العقارية أو العينية وذلك للتفرقة بينها وبين الحقوق المرتبطة بالشخص، والتي يطلق عليها أحيانا عبارة servitude personnelles ، أي حقوق الإرتفاق الشخصية وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن.

[2] عليوان راضية، حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير، عقود ومسؤولية، مناقش حديثا، السنة الجامعية ، (2000، 2001)، ص03 (المقدمة).

يقصد به في اللغة :

بمعنى الاتكاء على مرفق اليد (المرفقة – المخدة أو الأريكة) ومنه قوله تعالى :" ويهيء لكم من أمركم مرفقا" [1] أي ساءت النار متكاءا لها وساءت مجتمعا.

وقوله تعالى :" وحسن مرتفقا "[2] أي حسنت منزلا أو مجلسا ومجتمعا.

وأما في الإصطلاح الفقهي :

فإن حق الارتفاق هو نوع من أنواع الملك الناقص، وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر، وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظرا إلى مالك، وهو ما تقرر على عين إلزامها، دون نظرا إلى مالكها والي الشخص المنتفع وأبرز هذه الحقوق حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق الجوار، وحق العلو.

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق هي تسمية حديثة أطلقها صاحب مرشد الجيران المرحوم :" قدري باشا" [3].

المطلب الثاني

التعريف القانوني لحق الإرتفاق

عرفت المادة 867 من القانون المدني حق الإرتفاق بما يلي" الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال، أما النص الفرنسي من المادة فقد جاء كما يلي :

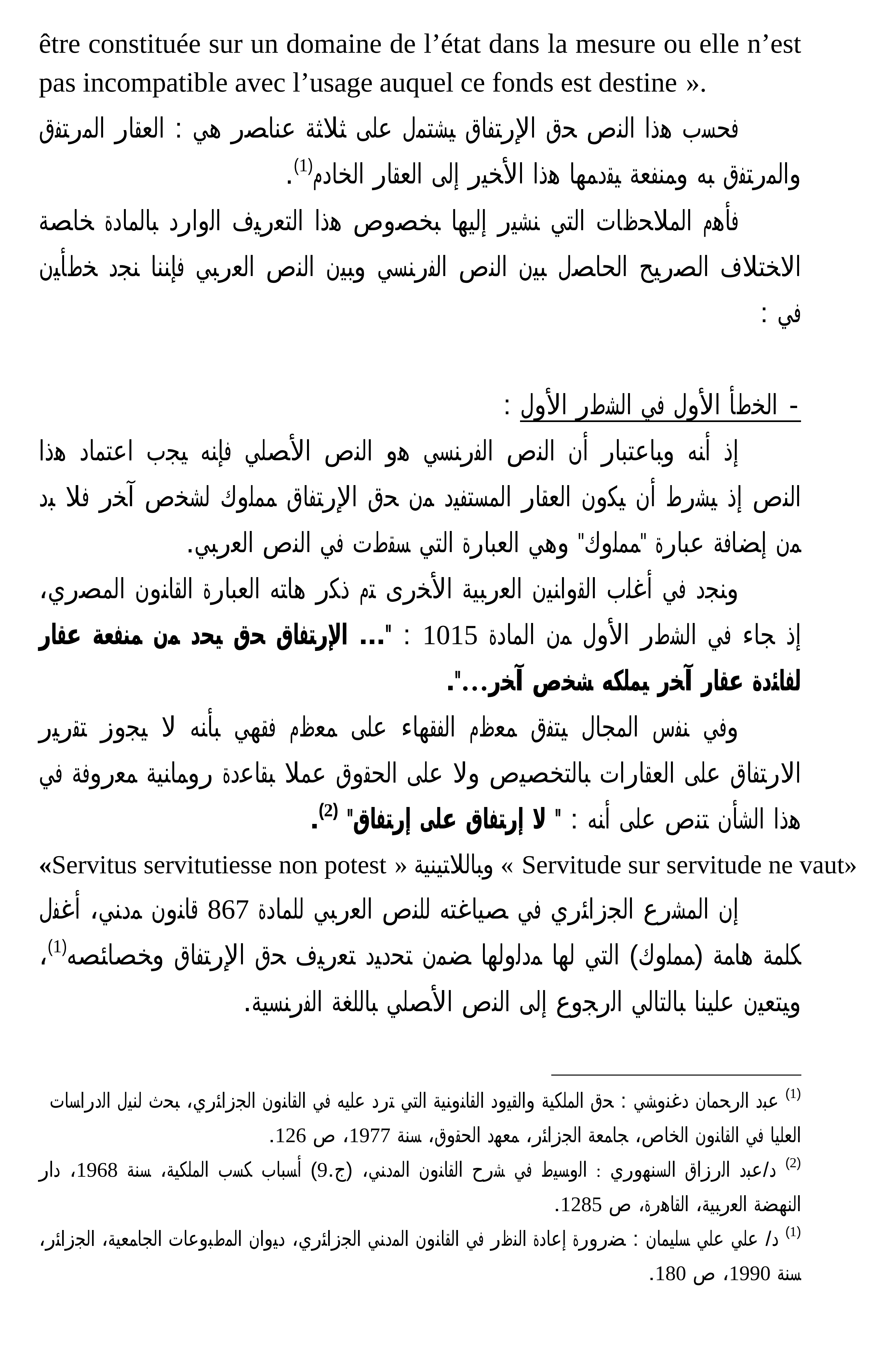
« La servitude est un droit qui limite la jouissance d’ un fonds au profit d’un autre fonds appartenant à un autre propriétaire elle peut

---

[1] سورة الكهف ، الآية 16.

[2] سورة الكهف ، الآية 24.

[3] د/ بلحاج العربي بن أحمد، مرجع سابق، ص 668 ، 669.



être constituée sur un domaine de l’état dans la mesure ou elle n’est pas incompatible avec l’usage auquel ce fonds est destine ».

فحسب هذا النص حق الإرتفاق يشتمل على ثلاثة عناصر هي : العقار المرتفق والمرتفق به ومنفعة يقدمها هذا الأخير إلى العقار الخادم[1].

فأهم الملاحظات التي نشير إليها بخصوص هذا التعريف الوارد بالمادة خاصة الاختلاف الصريح الحاصل بين النص الفرنسي وبين النص العربي فإننا نجد خطأين في :

- <u>الخطأ الأول في الشطر الأول</u> :

إذ أنه وباعتبار أن النص الفرنسي هو النص الأصلي فإنه يجب اعتماد هذا النص إذ يشرط أن يكون العقار المستفيد من حق الإرتفاق مملوك لشخص آخر فلا بد من إضافة عبارة "مملوك" وهي العبارة التي سقطت في النص العربي.

ونجد في أغلب القوانين العربية الأخرى تم ذكر هاته العبارة القانون المصري، إذ جاء في الشطر الأول من المادة 1015 : **"... الإرتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر...".**

وفي نفس المجال يتفق معظم الفقهاء على معظم فقهي بأنه لا يجوز تقرير الارتفاق على العقارات بالتخصيص ولا على الحقوق عملا بقاعدة رومانية معروفة في هذا الشأن تنص على أنه : **" لا إرتفاق على إرتفاق"** [2].

«Servitus servitutiesse non potest » وباللاتينية « Servitude sur servitude ne vaut»

إن المشرع الجزائري في صياغته للنص العربي للمادة 867 قانون مدني، أغفل كلمة هامة (مملوك) التي لها مدلولها ضمن تحديد تعريف حق الإرتفاق وخصائصه[1]، ويتعين علينا بالتالي الرجوع إلى النص الأصلي باللغة الفرنسية.

---

[1] عبد الرحمان دغنوشي : حق الملكية والقيود القانونية التي ترد عليه في القانون الجزائري، بحث لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، سنة 1977، ص 126.

[2] د/عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، (ج.9) أسباب كسب الملكية، سنة 1968، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 1285.

[1] د/ علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1990، ص 180.

- الخطأ الثاني في الشطر الثاني :

فالنص العربي منها لم ترد به عبارة (عام أو للدولة) أمام عبارة مال بينما النص الفرنسي تضمن عبارة un domaine de l’état ، ونعتبر ذلك خطأ هاما له تأثير على المقصود بالنص[2].

وكما سلف أن قلنا بشأن الملاحظة الأولى فإنه ما دام نص المادة باللغة الفرنسية هو النص الأصلي فيجب إعتماد التعبير الوارد به لفهم المقصود به تماما.

كما يجب الإشارة أن المعروف فقها وقانونا أن المال الذي لا يجوز ترتيب عليه أي حق أو إلتزام أو بالأحرى لا يجوز التصرف فيه هو المال العام.

وقد اتجه الاجتهاد القضائي في نفس مجال ما تضمنه النص الفرنسي بأن قرر بإمكانية ترتيب الارتفاق على مال عام مع احترام الشرط القانوني، وهو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في ملف تحت رقم 228461 في 2002/06/28.

غير أن بعض القوانين الوضعية الأخرى كالقانون اللبناني نصت بأن يشتمل التعريف لحق الإرتفاق تحديد مضمونه في المادة 2/56 منه نصت على أن : **<<الإرتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعـة عقار معين جار في ملكية غير ملكية العقار الأول ويقوم هنا التكليف إما بتخويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه>>.**

---

[2] د/ علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 180.

ويذهب العديد من الفقهاء في تفسير عدم تطرق معظم القوانين الوضعية إلى تحديد مضمون حق الإرتفاق في تعريف شامل، لكون من خلال بيان محل هذا الحق ليس ممكنا لكثرة أنواع الإرتفاقات وإختلاف مضمون كل منها، فإذا كان مضمون حق الملكية هو التصرف، الاستعمال والاستغلال وحق الانتفاع وحق الانتفاع هو الاستعمال والاستغلال دائما، فإن مضمون حق الإرتفاق لا يمكن حصره، فيوجد إرتفاق بالمرور، وبالمطل وبعدم تعلية البناء لحد معين ...[1].

وحسب الدكتور فرج الصده : **<< ... فإن مضمون حق الإرتفاق قد يكون عملا إيجابيا... و قد يكون عملا سلبيا... وفي كلتا الحالتين يعتبر المضمون تكليفا يحد من منفعة العقار المرتفق به فيؤدي بالانتقاص من المزايا التي يخولها حق الملكية >>[2].**

على خلاف من ذلك كله، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد المضمون كما فعل المشرعان المصري والفرنسي، وإعتمد رأي معظم الفقهاء.

ويجدر التذكير أنه على المشرع الجزائري تصحيح بصفة خاصة النص العربي بإعادة صياغته ليتطابق مع ما جاء في النص الفرنسي ويكون على النحو التالي :

<< الإرتفاق حق عيني من شأنه الحد من منفـعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، ويجوز ترتيب الإرتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال**>>.**

بعد تطرقنا لتحديد تعريف حق الإرتفاق سنتناول فيما يلي توضيح شروطه وبيان خصائصه وهذا في المبحث الثاني ثم مميزاته وتصنيفاته في المبحث الثالث.

---

[1] د/ عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانونين اللبناني و المصري، دار النهضة العربية بيروت ، سنة 1978، ص 935.

[2] د/ عبد المنعم فرج الصده، نفس المرجع، ص 936.

المبحث الثاني
شروط وخصائص حق الإرتفاق

إن بيان وتحديد أهم الشروط والخصائص المميزة لهذا الحق له غاية وأهمية في دراستنا لإمكان تحديد إطاره أولا وهذا لأجل للجواب عن السؤال المطروح في المقدمة وهو : ما مدى إمكانية الإلتزام والتقيد بالشروط والخصائص العامة، وهل يمكن تجاوزها أحيانا، ومن ثم إمكانية القول بتوسيع مفهوم هذا الحق من عدمه ؟

المطلب الأول
شروط أو عناصر حق الإرتفاق

يتضح لنا من خلال التعريف السالف لحق الإرتفاق وخاصة التعريف القانوني، أنه يشترط لوجوده توافر شروط هامة لا عنى عنها، لإرتباطها بوجود الحق ذاته.

وقد إتفق غالبية الفقهاء على شروط أربعة هامة نلي لبيانها فيما يلي :

أولا : وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين

لقيام حق الارتفاق يستلزم وجود عقار مرتفق " Fond Dominant " الذي تعود عليه الفائدة من حق الارتفاق ، لذا يسمى بالعقار المخدوم، إذ الارتفاق يزيد من فائدته، وتتقرر هذه الفائدة للعقار لا للشخص مالكه، لذا فهي ترتبط به وتزيد من قيمته وتنتقل معه مهما كان المالك.

كما يجب وجود عقار مرتفق به Fond servant وهو العقار الذي يتحمل عبء الارتفاق ويسمى الخادم وينتقل حق الارتفاق معه إلى أي مالك جديد لأنه مقرر على العقار الذي ينقص من منفعته لفائدة عقار آخر وليس على الشخص، إلا أنه يحد من سلطات المالك على العقار بمنعه من القيام بأعمال معينة (كعدم البناء إلا بمسافة

معينة أو عدم الارتفاع بالبناء إلا لعلو معين) فالارتفاق يضع قيودا سلبية على المالك في استعماله للعقار ولا يفرض عليه التزاما إيجابيا يتمثل في القيام بعمل معين"[1].

وأيضا لقيام ذات الحق يستوجب أن يكون العقاران مملوكان لشخصين مختلفين لأن المالك لا يكون له حق إرتفاق على شيء ملك له، من هنا تظهر أهمية هذا الشرط الذي أغفله المشرع الجزائري في النص العربي للمادة 867 من القانون المدني[2].

وإن هذا الشرط الأخير يرد عليه إستثناء يسمى حق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي حسب نص المادة 869 من القانون المدني، وسنتطرق له لاحقا عند بيان أسباب الإكتساب.

كما أن هذه القاعدة تستلزم أن يكون العقارين مملوكين لنفس المالك ملكية خالصة، ومن ثم يصح أن يكون لأحد الملاك على الشيوع حق إرتفاق على العقار الشائع لمصلحة عقار آخر مملوك له ملكية مفرزة، كما يجوز تطبيق العكس[3].

ثانيا : أن يقرر التكليف على العقار ولفائدة عقار آخر

جوهر حق الارتفاق هو التكليف الذي يتقرر على عقار لصالح عقار آخر، فالعلاقة التي ينشئها حق الارتفاق لها وجهان :

الوجه الأول : تحميل العقار المرتفق به بعبء أو تكليف عيني وهو عبء استثنائي، مما يميزه عن القيود القانونية للملكية كما سيلي بيانه ، والتكليف مقرر على العقار وليس على مالكه ، مما يميز طبيعته العينية.

الوجه الثاني : تحقيق فائدة أو منفعة عينية للعقار المرتفق وهو الوجه المقابل للعبء أو التكليف العيني مما يجعل طبيعته واحدة، فالمنفعة تخص استعمال واستغلال العقار المخدوم وتقررت لفائدته ولا علاقة لها بشخص مالكه، فهي تنتقل لكل مالك للعقار[4].

---

[1] د/ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2003، ص227.

[2] أنظر في هذا الشأن ما تناولناه سابقا بخصوص التعريف القانوني لحق الإرتفاق، ص 7.

[3] د/ عبد المنعم: فرج الصده، المرجع السابق، ص 939.

[4] د/ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2003، ص 302.

وإن كلمة "فائدة " الواردة في نص المادة 867 القانون المدني تفهم بمعناها العام فهي تشمل كل خدمة حالية أو مستقبلية تعود على العقار، فيجوز الإتفاق في أثناء بناء منزل على تقرير إرتفاق كحق مطل - لمصلحة هذا المنزل .

كما يصح أن تكون الفائدة إحتمالية، فيكون صحيحا الإتفاق الذي يقرر حق إرتفاق لفائدة عقار لم يشيد بعد، أو لمصلحة عقار يزمع شخص شرائه[1].

ولتجنب أي ليس بين متى تكون الفائدة لمصلحة العقار أو لفائدة شخص قدم الفقه والقضاء عدة صور وأمثلة للتمييز.

فهناك مثال تطبيقي أورده القضاء الفرنسي هو إذا إتفق على أن يكون لمالك منزل الحق في أن يأخذ من العقار المجاور الأخشاب اللازمة لتدفئة منزله، فإن هذا الحق يعتبر حق إرتفاق لأنه يتضمن تكليفا مقررا لفائدة المنزل.

وكذلك تعهد مالك منزل مجاور لمحل عبادة بألا يقيم حفلات راقصة في منزله فهذا التعهد يعد منشئا لحق إرتفاق لفائدة محل العبادة على المنزل المجاور[2].

ومن الأمثلة الحديثة المثال التالي : فإن مجرد إعطاء مالك عقار حق إيداع سيارته في حظيرة موجودة بأرض جاره لا يخوله على هذه الأرض حق الارتفاق بذلك، لأن المنفعة هنا شخصية لمالك العقار وليست منفعة عينية للعقار ذاته.

ولكن على العكس من ذلك، إذا كان هذا العقار فندقا وترتب له حق إيداع سيارات نزلائه في حظيرة موجودة في أرض جاره فإن هذا الحق يمكن أن يعتبر حق ارتفاق، حيث أن المنفعة هنا منفعة عينية مقررة للعقار باعتباره فندقا وليست مقررة لصاحبه[3].

فمن خلال هذه الأمثلة يتبين لنا أهم شروط وعناصر حق الارتفاق ومن ثم تتحدد خصائصه.

---

[1] د/ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق الأصلية، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1951، ص 626.

[2] د/ محمد كامل مرسي باشا : المرجع نفسه، ص 942.

[3] د/نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص 302.

ثالثا : أن يوجد إرتفاق حقيقي

إن هذا الشرط أضافه البعض من الفقهاء من بينهم الفقيه الفرنسي"جوسران" وإن إقرار هذا الشرط يقتضي في حق الإرتفاق وجود تكليف charge أو مضايقة gène للعقار المرتفق به، فيترتب عليه نقص في حقوق مالك هذا العقار الذي يجب عليه أن يتحمل فعل الغير.

إذ أن التكليف الذي يتحمل به العقار المرتفق به أو الخادم يعتبر عبء استثنائيا وهذا ما يميزه عن القيود القانونية التي ترد على الملكية والتي سنأتي لبيانها لاحقا.

رابعا: ألا يكون مضمون حق الإرتفاق مخالفا للنظام العام

إن هذا الشرط يعتبر من الشروط العامة لأي تصرف قانوني أو إلتزام بحيث يشترط في المحل وجوب ألا يكون مخالفا للنظام العام، وقد أورده بعض الفقهاء ضمن شروط حق الإرتفاق، إرتأينا ضرورة إدماجه نظرا لأهميته، ويقصد به أنه يشترط لقيام حق الإرتفاق أن يكون التكليف الذي يتضمنه الإرتفاق مشروعا، فسواءا كان التكليف إيجابيا كقيام مالك العقار المرتفق بعمل معين أو سلبيا بامتناعه عن القيام بعمل معين، فإن هذا العمل والامتناع عن العمل يجب أن لا يكونا مخالفا للقانون أو النظام العام أو الآداب، وحسب الفقهاء من النادر إيجاد تطبيق عملي لحق إرتفاق غير مشروع، وكمثال : أنه إذا فرض أن المالك لعقار معين خول مالكا لعقار آخر حق إرتفاق بالمرور في أرضه حاملا معه مخدرات مثل، فإن الإرتفاق يقع باطلا لمخالفته النظام العام.

المطلب الثاني

خصائص حق الإرتفاق

من خلال تناولنا للمبحث الأول بتعريف حق الارتفاق والمطلب الأول من هذا المبحث ببيان شروطه وعناصره يستوجب الأمر منا توضيح خصائصه المميزة.

إن تحديد خصائص حق الارتفاق مستمدة أصلا من تعريفه، ذلك أن الخصائص تضبط إطار هذا الحق وتجعله يختلف عن كثير من الحقوق والالتزامات الأخرى، وتتلخص خصائص حق الارتفاق فيما يلي :

أولا : حق عيني عقاري

فالإرتفاق هو حق عيني droit réel لصاحبه الاحتجاج به قبل الكافة، ويخول سلطة مباشرة لصاحب العقار المرتفق على العقار المرتفق به وهو حق عقاري droit immobilier ذلك أنه من شأنه أن يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر فهو من ثم لا يقرر إلا على عقار ولمصلحة عقار أيضا كما سلف بيانه[1].

أنه من خلال بحثنا هذا نحاول فقط التأكيد هل أن هذه الخاصية واردة على إطلاقها أم أنه يمكن أن ترد عليها استثناءات وهو الأمر الذي سنبحثه من خلال هاته الدراسة.

ثانيا: حق تابع

فحق الإرتفاق ليس حقا قائما بذاته بل هو حق تابع للعقار المرفق أو المرتفق به "Droit Accessoire " ولا يمكن فصله عنه، ولذلك فهو ينتقل مع العقار المحمل به أو العقار المحمل لفائدته، من يد مالك إلى آخر.

فإذا تم التصرف في هذا العقار فإن التصرف يرد عليه وعلى ملحقاته بما في ذلك حق الارتفاق الذي يعتبر من الملحقات الإيجابية للعقار المرتفق المخدوم.

---

[1] J.M - Pardessus : Traité des Servitudes ou Services Fonciers, Librerie de la Cour de Cassation, Paris, P15 et suiv

كما يعد من الملحقات السلبية للعقار المرتفق به الخادم التي يتحملها وينتقل معه من مالك إلى آخر فلا يجوز التصرف في حق الارتفاق مستقلا إلى الغير أي كان التصرف : بيع أم إيجار أم رهن، droit inaccessible [1].

ثالثا : حق دائم " Droit Perpétuel "

وهو الحق الوحيد من الحقوق المتفرعة عن الملكية الذي له هاته الصفة أما الحقوق الأخرى فمؤقتة، وهو في ذلك مثل حق الملكية المتعلق به وهذا نتيجة كونه تابعا له فالإرتفاق يبقى ما بقي العقاران المرتفق والمرتفق به فيما يجري عليهما من تصرفات، فلا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار إلا بالتخلي عنه، فحق الارتفاق يتبع العقار المرتفق بحيث يعتبر من ملحقاته وينتقل معه إلى من تنتقل إليه ملكية العقار، ونفس الشيء بالنسبة للعقار المرتفق به إذ يتبع حق الارتفاق هذا العقار ويعد من أعبائه أو التكاليف الملحقة به، فيظل مثقلا بالارتفاق وينتقل مع العقار إلى من انتقلت إليه ملكيته[2].

إن صفة الدوام ليست من مستلزمات أو جوهر حق الإرتفاق بل من طبيعته فهي في حق الملكية تعني أن الحق يدوم بدوام الشيء وأنه لا يسقط بعدم الاستعمال، ولأن الاعتبارات العملية تأبى توقيته بزمن معين، أما في حق الإرتفاق فهي تختلف لأنها تعني أن الأصل هو دوام الإرتفاق بدوام العقارين المرتق والمرتفق به وما لم يتم توقيته حيث يسقط حق الإرتفاق بعدم الاستعمال، ويجوز الإتفاق على توقيته بأجل معين فينتهي بإنقضاء الأجل، كما ينتهي إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق[3] كما يجوز أن يقترن حق الإرتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ.

---

[1] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 229.

[2] د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 300.

[3] د/ زهدي يكن: الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة 2، سنة 1922، ص208.

رابعا : حق لا يقبل التجزئة "Indivisible "[1]

الأصل أن الارتفاق يتقرر لفائدة كل العقار وعلى كل العقار المرتفق به، ويقصد بعدم قابلية التجزئة أنه إذا جزء العقار المخدوم (المرتفق)، فإن الارتفاق يظل مقررا لكل جزء منه، وإذا جزء العقار الخادم (المرتفق به) فإن الارتفاق يظل واقعا على كل جزء منه[2].

وهذه الخاصية تنطبق سواء من حيث إنشائه أو من حيث زواله لكن بخصوص موضوعه فهو مثل الالتزامات يكون قابلا أو غير قابل للتجزئة على حسب ما تكون المنفعة الناشئة عنه قابلة للقسمة أولا، كما يجوز أن ينقضي بعض الحق بالتقادم كما إذا قسم العقار المرتفق فقد يضيع بعض الملاك المتقاسمين بعض الحق بالتقادم .

إن مبدأ عدم القابلية للتجزئة يثور النقاش بشأنه بخصوص التطبيقات الآتية :

إذا كان عقارا مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص فلا يجوز ترتيب حق إرتفاق له أو عليه دون موافقة باقي الشركاء، غير أنه إذا كان الإرتفاق مقررا على عقار مشترك فإن قسمته لا تخلي أي جزء منه، ويبقى الإرتفاق على كل أجزائه رغم القسمة، إلا إذا كانت طبيعته تسمح بجعله على بعض الأجزاء فـقط وممكن الاستعمال حسب العقد، كما أن نزول أحد الشركاء في الملك عن حق الإرتفاق لا ينقضي معها الحق، بل يستمر باقي الشركاء في استعماله[3].

ونفس هاته الأحكام نص عليها القانون المدني الجزائري سواء بخصوص العقار المرتفق أو المرتفق به و ذلك ضمن نصوص المادتين 877/876، وقد أفرد المشرع الجزائري مادتين كاملتين لهاته الخاصية بالنظر لأهميتها، وأوردهما ضمن الأحكام الخاصة باستعمال حقق الإرتفاق وسوف نعيد التطرق لهاته الخاصية حينما نتطرق لأحكام استعمال حق الإرتفاق حتى نعرف أكثر مدى إمكانية تعديل حق الإرتفاق وإمكانية تجزئة العقارين من عدمهما.

---

(1) J-M : Pardessus opcite, P 34.

(2) د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 229.

(3) د/ محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص 630.

إن هاته القاعدة أو الخاصية يقر بها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار يحمل رقم 195764 المؤرخ في 2000/04/26 مؤداه أن : حق ارتفاق – عقار محصور – ممر – تغيير قاعدة الارتفاق " المادتان 875 و 698 من القانون المدني".

من المقرر قانونا أنه " لا يجوز لمالك العقار المترفق به أن يعمل شيء يؤدي إلى انتقاص من استعمال حق الارتفاق ... أن يغير من الوضع القائم ...." ومن المقرر كذلك "أنه لا يجوز لصاحب العقار المحصور تغيير قاعدة الارتفاق ...".

المبحث الثالث
مميزات حق الارتفاق وتصنيفاته

إذا كان حق الملكية هو الحق الذي يخول لصاحبه سلطات التصرف، الاستعمال والاستغلال ويمّكن المالك من الحصول على منافع الشيء محل الحق، إلا أن هذه السلطات يمكن أن تتقيد أو يحرم صاحبها منها كلها أو من بعضها، كما هو الحال بصدد حقوق الانتفاع الاستعمال السكنى، التي يمنح فيها بعض السلطات ويحرم من البعض الآخر، أو بشأن حق الارتفاق الذي يترتب على وجوده الحد من سلطات المالك الكاملة.

حق الارتفاق كما سلف بيانه هو حق عيني أصلي كحق الملكية، غير أنه لما كان للملكية وظيفة اجتماعية يقصد بها تحقيق المصلحة العامة والخاصة، إذ القاعدة العامة التي يجب على المالك مراعاتها بأن يكون ذلك لا يتنافى مع ما تقضي به اللوائح والقوانين[1]، إذ ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يتدخل ليفرض قيودا تحد من السلطات الجامعة للمالك وهي قيودا عامة ترد على سلطات المالك بالنسبة لكل ملكية توجد في ظروف معينة.

فالسؤال الذي يثور إذا : ما هي طبيعة هذه القيود القانونية ؟ وما علاقتها بحقوق الارتفاق؟ وهل أن التقابل الحاصل بينهما يجعلهما وجهان لعملة واحدة أم لا ؟

لأجل ذلك سنتناول محاولة إبراز أوجه المقارنة بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية الواردة على الملكية في مطلب أول، ثم نتصدى في مطلب ثاني لتمييز حق الارتفاق عن حقوق أخرى تقترب منه، وأخيرا نتصدى في المطلب الثالث لبيان تصنيفاته.

المطلب الأول

[1] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 27.

القيود القانونية
الواردة على الملكية وحق الارتفاق

يقصد بمعنى القيود القانونية الواردة على حق الملكية، أنه حينما ينص القانون على قيود تحد من سلطات المالك إذ يرسم الحدود التي يجب على المالك مراعاتها لمزاولة حقه وترفض لتراعي مصلحة عامة أو خاصة ويقررها القانون المدني أو أي نص قانوني آخر حتى بواسطة القوانين واللوائح[1].

ومن ثم فالقيود التي ترد على حق الملكية هي نوعان أولها، القيود التي تتقرر مباشرة بنص القانون أي القيود القانونية، وهي ما نتناوله بالدراسة نظرا لأهميتها ولورودها في القانون تفصيليا.

أما القيود الأخرى والمسماة (الإرادية) وهي التي تتقرر بمقتضى تصرف قانوني ويرتب القانون عليه أثره في تقييد الملكية، ويقصد بها الشرط المانع من التصرف، وهذا الشرط لا يهمنا كثيرا حاليا لكوننا سنقتصر على مدى علاقة القيود القانونية التي فرضها القانون على المالك بحق الارتفاق.

ومن ثم نحاول أولا معرفة طبيعة هذه القيود ومختلف الآراء الواردة بشأنها، مع تحديد موقف القانون الجزائري وذلك في فرع أول، أما في الفرع الثاني نتوجه لمحاولة تلخيص أهم القيود القانونية الواردة في القانون.

---

[1] د/ رمضان أبو السعود، مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانونين المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، سنة 2002 ، ص 474.

الفرع الأول
طبيعة القيود القانونية
الواردة على الملكية

لقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه القيود، لذا، سنتناول أولا تلخيص أهم هذه الآراء ثم نتطرق ثانيا لنتائج التفرقة بين القيود وحق الارتفاق ثم نصل ثالثا لتوضيح موقف القانون الجزائري.

أولا/ اختلاف الآراء :

الرأي الأول : يعتبرها كحقوق إرتفاق وأخذ به العديد من الفقهاء الفرنسيين[1].

وحجتهم أن الإرتفاقات تحد من منفعة عقار لفائدة عقار أخر وأن العقارين مملوكين لشخصين مختلفين ويعتبرونها كحقوق إرتفاق قانونية تقررت لصالح بعض العقارات على أخرى[2].

وأن هذه القيود تقرر في الواقع تكاليف وأعباء على العقارات المقررة عليها فحق الشرب، وحق المجرى والمسيل وحق المرور كلها إرتفاقات بالمعنى القانوني وليست مجرد قيد يرد على المالك في إستعمال ملكه فهي تقرر للغير تكليفا على العقارات بالمعنى الصحيح.

الرأي الثاني : أخذ به فقهاء أخرون كعبد الرزاق السنهوري، يرى ضرورة إستبعاد هذه القيود من نطاق حق الإرتفاق رغم أن هناك من يسميها بحقوق الإرتفاق القانونية ويؤكد رأيه على : " فإذا كان حق الإرتفاق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر، فيخرج من ثم بكلا العقارين من النظام العام المألوف لحق الملكية، فحق الإرتفاق، هو كل قيد يتقرر على العقار من دون القيود التي تعتبر من التنظيم العام المألوف لحق الملكية والتي تعتبر ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية.

---

[1] **Jean Débeaurain :** in Juris Classeur «civil », Fasicule 30, Sevitude légal généralité, Edition thechnique 5ème Année 1994.

[2] عبد الرحمان دغنوشي : المرجع السابق، ص 71.

وفي رأيه، دائما أن القيود التي يفرضها القانون والتي تعتبر ذاتها هي التنظيم العام المألوف لحق الملكية كقيود الجوار أو الصرف بين الجيران ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المطلات والمناور كلها ليست حقوق إرتفاق، فحق الإرتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية، كما يأخذ به بعض الفقهاء الفرنسيين كدومولومب وجوسران وأوبري ورو، وكابيتان"[1].

الرأي الثالث : يعتبر هذه التكاليف كإلتزام عيني فرضه القانون على عاتق المالك، فهذه القيود التي فرضها القانون على الملكية هي بمثابة تكاليف تقيد من سلطات المالك إذا ما ورد حقه العيني على عين من الأعيان فبوصفه مالكا للعين التي أحاطتها ظروف إقتصادية خاصة إستلزمت على المشرع ضرورة جعل هذه الإلتزامات على عاتق أصحابها مستهدفا تحقيق التضامن الإجتماعي بين الملاك المتجاورين، فلا يهم بعد ذلك كون المشرع أطلق على هذه الإلتزامات العينية تسمية أخرى – كقيود الملكية - طالما أن الأوصاف القانونية ليست من وظيفة المشرع بل هي عمل فقهي فهو غير ملزم.

نصل إلى أن القيود التي ترد على الملكية العقارية دون المنقولة فتحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر مما يزيد من التقارب بينها وبين حقوق الارتفاق إلا أنه يظل هناك فارقا جوهريا قائما بينهما، يتجسد في أن حق الارتفاق هو ذلك الحق الذي يتقرر على عقار لفائدة عقار آخر يخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية.

بينما القيود القانونية هي تشكل التنظيم العام المألوف لحق الملكية إذ يتمثل هذا التنظيم في كون حق الملكية يعد حقا خاليا من كل قيد إلا تلك التي فرضها القانون، إقتضاءا للمصلحة العامة أو الخاصة، كقيود (الجوار والري والصرف بين الجيران، ووضع حدود للأملاك المتلاصقة وحق المرور في أرض الجار والحق في فتح المطلات والمناور على ملك الجار).

كما أن مصدر كليهما يختلف، فالقيود القانونية الواردة على الملكية مصدرها المباشر دائما القانون، فهي حدود عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط الجزء 9، ص 1296.

أما حق الارتفاق فمصدره فعل الإنسان المادي أو الإرادي وصفته الخاصة ثابتة لتعلقه بملكية معينة بالذات مما يجعل منه عبئا استثنائيا[1]، ذلك أن حق الارتفاق هو عبء على الملكية ويتوجب بالتالي حصر مداه بما هو لازم لاستعماله دون أن يتعداه إلى أكثر من ذلك[2].

ثانيا : نتائج التفرقة بين القيود القانونية وحق الارتفاق

1. عدم خضوع القيود القانونية لقواعد الشهر والعلانية لكون مصدرها القانون وتمثل الموضع العادي للملكية في ظروف معينة، خلافا لحقوق الارتفاق التي تخضع لذلك.
2. عدم ضمان خلو العين المتصرف فيها من تلك القيود لأن مصدرها القانون وتمثل الوضع العادي للملكية، وذلك خلافا لحقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق.
3. عدم جواز اكتساب القيود بالتقادم لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة المسك باستمرارها، ذلك لأن التقادم المكسب يفترض الحيازة، ولا تقوم الحيازة على مجرد رخصة.
4. لا تسقط القيود القانونية بعدم استعمالها مهما طالت مدته، لأنها تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة، وذلك بخلاف حقوق الارتفاق[3].

ثالثا : موقف القانون الجزائري

إن اختلاف الآراء الفقهية السالف بيانه ومدى التقارب بين القيود القانونية الواردة على الملكية وحقوق الارتفاق، جعل القوانين الوضعية تتردد في تناولها لهذه القيود.

فنجد القانون الفرنسي يخلط بين المعنيين فيسمى القيود بالارتفاقات القانونية، وكذلك التقنين المدني المصري واللبناني.

---

[1] د/ رمضان أبو السعد ، المرجع السابق ، ص 475.

[2] أ/ فؤاد ظاهر، حقوق الارتفاق في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان ، سنة 2002 ، ص 76.

[3] د/ نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص 60.

أما القانون الجزائري فهو مجال دراستنا، نجد من الباحثين من تناول محاولة تحديد موقفه واعتبر أن هذه القيود هي كتطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق التي يلتزم المالك فيها بعدم الإضرار بجاره، حسب المادة 691 ق.م، فإن إخلال المالك بالجوار يعد تسعفا[1].

غير أن تحديد موقف المشرع الجزائري من المسألة وللجواب عن السؤال هل هي حقوق إرتفاق؟ أم هي مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية ؟ يقتضي منا تحليل النصوص في كيفية تناولها، شكلا و مضمونا :

أ) <u>من الناحية الشكلية</u> : تطرق المشرع لهاته القيود من خلال تناوله لحق الملكية وخصص لها القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية وتضمنها في حوالي 22 مادة من المادة 690 إلى المادة 712.

فعند النظر من الناحية الشكلية نجد أن المشرع الجزائري فصل في المسألة واستبعد هاته القيود التي تلحق حق الملكية من نطاق حق الإرتفاق، وهو تأييد لموقف الرأي الثاني لبعض الفقهاء كما سبق الإشارة إليه.

ب) <u>من ناحية المضمون</u> : فعند تناولنا لبعض هذه القيود كحق المرور الذي تناوله المشرع ضمن هاته القيود نجده في بعض المواد كالمواد 698 و699 و700 يسميه إرتفاق حق المرور، وكذا مالك العقار المرتفق به.

فهل هذا يعني أن المشرع يعترف بخصوصية بعض القيود كحق المرور ويعتبرها حقوق إرتفاق و يميزها عن غيرها من بقية القيود الواقعة على حق الملكية ؟

وهل من شأن ذلك أن يؤدي بنا أن نعتبر موقف المشرع الجزائري أنه إعتمد الرأي الفقهي الذي يفرق بين القيود المقررة للمصلحة العامة وأخرى المقررة للمصلحة الخاصة وأن هناك قيود قانونية ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الإرتفاق ؟

لأجل هذا سنحاول التعرض لبعض القيود القانونية لمعرفة مدى إمكانية اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق أم لا ؟

---

[1] د/ عبد الرحمان دغنوشي ، المرجع السابق ، ص 73.

الفرع الثاني
تقسيم القيود القانونية
في القانون المدني الجزائري

إن القانون المدني الجزائري تضمن هذه القيود في جانب لاحق بحق الملكية وسمها تحت عنوان : القسم الثالث : القيود التي تلحق حق الملكية وهي متفرعة عن الفصل الأول : حق الملكية بوجه عام عن الباب الأول حق الملكية عن الكتاب الثالث : الحقوق العينية الأصلية وقد تناولها المشرع في المواد من 690 إلى 712 ونحاول إدماج ما يتقارب منها تحت عنوان واحد كما يلي :

1/ القيود الخاصة باستعمال حق الملكية (التزامات الجوار- المواد : 690 ، 691):

إن المالك في استعماله لحقه يخضع للقيود التي تفرضها عليه القواعد العامة، كعدم تجاوز حدود الحق، وعدم التعسف في استعماله، وإلى جانب ذلك فرض عليه القانون عدم الغلو في استعمال حقه وإلا كان مسؤولا عن أضرار الجوار غير المألوفة[1].

2/ القيد الخاص بحق المرور القانوني (المواد 693 إلى 702) :

إن الأصل أن للمالك وحده أن يستأثر بالانتفاع بالشيء الذي يملكه، وبالتالي له أن يمنع غيره من المرور في أرضه، ولكن قد يكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام، مما يؤدي إلى تعطيل استغلالها إذا لم يتمكن مالكها من الحصول على حق ارتفاق بالمرور من الأراضي المجاورة للوصول إلى الطريق العام[2]، فقرر له المشرع هذا الحق.

يعالج القانون المدني ارتفاق المرور في مقتضيات المواد 693 إلى 702 تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية، ومن جهة أخرى في المواد من 867 إلى 881 في الفصل المتعلق بحقوق الارتفاق بصفة عامة.

---

[1] د/ نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 61.

[2] د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 83.

ذلك أن حق المرور يعد من جهة قيدا على الحق المطلق للملكية ويعد ارتفاقا قانونيا حسب التعريف الوارد في المادة 867 من القانون المدني[1].

3/ القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار :

إن التلاصق في الجوار يثير مشاكل عديدة بين الجيران من أجل ذلك تدخل المشرع وفرض العديد من القيود على الملاك المتجاورين، وهذه القيود تختلف بإختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المجاورة، فإما تكون قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك (المادة 703 ق.م)، أو قيود تتعلق بالحائط الفاصل بين عقارين(من المادة 704 إلى 708 ق.م)، أو قيود تتعلق بالمسافات الواجب مراعاتها عند فتح المطلات والمناور (من المادة 709 إلى 711 ق.م).

***/ في بعض التطبيقات لقضاء المحكمة العليا :**

إن التطبيقات المختلفـة للمحكمة العليا، وردت أحكامها تتردد بين إعتبارها في مرات عدة كقيود على حق الملكية، وفي مرات أخرى كحقوق إرتفاق عادية، ومن أهم أمثلة ذلك بعض القرارات المنشورة في المجلة القضائية.

أ – قرار صادر بتاريخ 1997/06/25 ملف رقم 148810 جاء فيه " حق الممر- غلقه- تجاوز مضار الجوار المألوف – قيود على حق الملكية المواد 690 و 691 من القانون المدني.

من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في إستعمال حقه بعض التشريعات الجاري بعها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار ويجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما ألزمهم بالدخول إلى متر لهم مرورا

---

[1] السيدة بلعربية فاطمة الزهراء، رئيسة قسم بالغرفة العقارية للمحكمة العليا، مقال بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، المحكمة العليا، سنة 2004، ص 33.

بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون ...[1].

ب - قرار بتاريخ 1997/06/25 ملف رقم 148511 جاء فيه حق إرتفاق على ملكية – مطالبة المدعي بوضع حد نهائي للمر المؤقت المسموح من طرفه لفائدة المدعى عليه – الحكم بجعل المرفق مشترك تطبيق القانون الصحيح –المادة 868 من القانون المدني ...[2].

فمن خلال هذين القرارين الصادرين في نفس التاريخ نجد أن قضاة المحكمة العليا بينما إعتبروا في قرار أن حق الممر هو إرتفاق بالممر وفق نص المادة 868 من القانون المدني الواردة في الجانب المتعلق بالإرتفاقات، فإنهم في القرار الأخر وبخصوص نفس الحق وهو حق الممر يعتبرون من قبيل القيود الواردة على حق الملكية وتجاوز مألوف لمضار الجوار المألوفة ويطبقون المواد 690 و691 المتعلقة بهذه القيود.

والخلاصة التي نصل إليها في هذا الشأن بإمكان القول بالتكييف القانوني الأنسب لهذه القيود والذي يمّكننا من تقييم موقف القانون الجزائري على ضوء ما سلف أن وضحناه بخصوص النصوص القانونية للقانون المدني وبعض التطبيقات القضائية.

وبالتالي نميل إلى الرأي الذي إعتبر أن هذه القيود المفروضة قانونا على المالك هي بمثابة تكاليف تقيد من سلطاته إذا ما ورد حقه العيني على عين من الأعيان المجاورة له.

فإن هذه التكاليف هي إلتزامات عينية فرضها القانون على عاتق المالك، وفكرة الإلتزامات العينية هي الرابط المشترك ما بين القيود القانونيـة وبين حقوق الإرتفاق.

---

[1] المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1997، العدد 1، ص 190.

[2] المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 1 ، المرجع السابق، ص 176.

المطلب الثاني

التمييز بين حق الإرتفاق والحقوق الأخرى

بعد تطرقنا في المطلب السالف إلى التمييز حق الارتفاق عن حق الملكية وبصفة خاصة المقارنة بينه وبين القيود القانونية الواردة على الملكية، فإننا سننتقل في هذا المطلب لمحاولة التمييز بين حق الارتفاق وغيره من الحقوق.

ومن أمثلتها الانتفاع والاستعمال والسكنى وهذا في الفرع الأول، ثم لننتقل في الفرع الثاني إلى التمييز بين حق الارتفاق العيني والحق الشخصي.

الفرع الأول

حق الارتفاق وحقوق الانتفاع الاستعمال والسكنى

إن كلا من حق الإرتفاق وحق الانتفاع يعتبران حقا عينيا مقررا على مال الغير وذلك أن جميع الحقوق العينية تنطلق من فكرة واحدة وهي أنها حق ثابت في العين أو في المال[1].

غير أن هذين الحقين يختلفان وتوجد بينهما فروقا هامة تتمثل في :

1- حق الإرتفاق يقرر لمنفعة عقار معين، أيا كان مالكه لذا يسمى بحق الإرتفاق العيني أو العقاري، بينما حق الانتفاع يقرر لمنفعة شخص معين لذا يسميه بعض الفقهاء : ارتفاق شخصي servitude personnelle.

2- حق الإرتفاق لا يكون إلا على عقار بينما حق الانتفاع يمكن أن يرد على عقار كما يمكن أن يرد على منقول.

3- حق الإرتفاق حق دائم بطبيعته- بينما حق الانتفاع فمؤقت ينقضي بموت المنتفع.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، المجلد 1، بيروت ، سنة 1954، ص 30.

4- حق الإرتفاق أصلي لا يجوز رهنه ولا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق في حين أن حق الانتفاع هو حق أصلي يجوز التصرف فيه مستقلا عن الشيء المرتفق به.

5- أن مضمون حق الإرتفاق هو أضيق من مضمون حق الإنتفاع، فهذا الأخير هو إستعمال وإستغلال الشيء المنتفع به، بينما الأول هو إستعمال العقار المرتفق كما هو محدد في السند.

وبشأن حقي الإستعمال والسكنى فتوجد بشأنهما الفروق السالفة بشأن حق الإرتفاق، هذا رغم تميزها بصفة عينية كمثله – لكنهما يختلفان عن الإنتفاع في عدم جواز التنازل عنها أو رهنها[1] وأثبت المشرع الجزائري هاته الميزة بنص صريح في المادة 856 من القانون المدني.

الفرع الثاني

أهم الفروق بين الحق الشخصي وحق الإرتفاق العيني

قبل التطرق إلى محاولة تمييز حق الإرتفاق عن الحق الشخصي فإنه من اللازم أن نتطرق أولا لتحديد معنى كل من الحق الشخصي والحق العيني والفرق بينهما، ذلك أن الحق إما شخصي أو عيني وإن التفرقة بين كلا الحقين قديمة لدى الفقهاء.

وغايتنا من الإلمام بهذه التفرقـة لأجل وضع إطار كل حق أو إلتزام الذي قد نتطرق له في دراستنا عند محاولة التكييف ومعرفة مدى إمكانية التحويل.

[1] وحيد الدين محمد سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، جزء 1، مطبعة (ألف باء) سنة 1969، ص 624.

فالحق العيني : كما هو معلوم هو ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء معين بالذات، فتوجد بذلك علاقة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق[1] فيكون للشخص أن يستعمل الشيء إستعمالا مباشرا سواء قانونيا أو ماديا ولا يهم من يكون بيده هذا الشيء محل الحق[2].

أما الحق الشخصي أو الإلتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين نحو شخص آخر، وهو الدائن بأداء دين معين، وهـذا الأداء يكون إما لقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو منح شيء.

فأهم فارق بين الحقين هو المحل،إذ الحق العيني محله شيء معين بالذات، أما الحق الشخصي فمحله أداء خدمة أو عمل وهو واقع على عاتق شخص.

وقد حاول بعض الفقهاء التقريب بين الحقين، وهدم هاته التفرقة، إلا أن التفرقة ما تزال قائمة حتى اليوم ولا يمكن التسليم بزوالها و يجب حسب غالبية الفقهاء الإبقاء عليها، التفرقة بين كل من الحق العيني والحق الشخصي وما يترتب عليها من نتائج[3].

***/ نتائج التفرقة بين الحقين هي :**

أ) أن الحقوق الشخصية هي حقوق نسبية لا يمكن استعمالها إلا قبل شخص أو أشخاص معينين ويترتب عليها دعوى شخصية، ولا تمنح أصحابها لا حق التتبع ولا الأفضلية.

ب) وبالعكس الحقوق العينية فهي حقوق مطلقة يمكن التمسك بها قبل كل شخص وتمنح أصحابها الحق في رفع دعوى عينية وتمنحهم حقي التتبع والأفضلية.

ج) الحق العيني يجب أن يكون موضوعه شيئا أو حقا ماليا، أما الحق الشخصي قد يكون موضوعه تسليم شيء، أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء.

د) الحق العيني يفترض وجود الشيء ومن ثم يفترض أن يكون الشيء معينا بالذات، بينما الحق الشخصي فقد يقع على شيء غير معين، فالمشتري لا يصبح مالكا وذا حق عيني إلا بالتعيين ويكون له قبل البائع حقا شخصيا لإلزامه بتنفيذ إلتزامه[1].

---

[1] د/ زهدي يكن : شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، دار الثقافة، الطبعة 3، ج1،بيروت، ص 191 وما يليها.

[2] د/ عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 472.

[3] محمد وحيد سوار، المرجع السابق، ص 624 وما يليها.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية : لم يعرف أنهم تعرضوا لتقسيم الحق إلى عيني وشخصي وإنما التمييز الذي وقع في هذا الفقه هو بين الدين والعين إذا هم يحرسون على المقابلة بينهما، ويقيمون هذا التمييز على أساس التعلق بالذمة من عدمه، فالدين يتعلق بذمة المدين أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق عينيا أم شخصيا متعلقا بالعين ذاتها[2].

<u>*/ تحديد الفوارق بين حق الإرتفاق العيني والحق الشخصي</u> :

أ) الحق الشخصي Le Droit Personnel ou Droit de Créance يوجد لمصلحة شخص أما حق الإرتفاق فلمصلحة عقار.

ب) يوجد الحق الشخصي قبل شخص، أما حق الإرتفاق فيوجد على عقار.

ج) الحق الشخصي يستلزم أن يقوم المدين بعمل إيجابي، ولكن حق الإرتفاق لا يخول مالك العقار المرتفق أن يطلب شيئا من مالك العقار المرتفق به الذي يقوم بدور سلبي.

د) لصاحب الحق الشخصي تحويل حقه، لكن لا يكون لمالك العقار المقرر لمصلحته حق الإرتفاق التنازل عنه لآخر، وعلى الأقل ليس له التنازل عنه لغيره إلا مع العقار المتعلق به الإرتفاق.

---

[1] Jean Louis BERGEL, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti : traité de droit civil (les Biens), LGDJ, édition DELTA, Année 2000, Paris, P 32.

[2] عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 472.

***/ ومن الأمثلة التي قدمها الفقهاء ما يلي[1] :**

فإذا كان شخص يملك قصرا وآخر يملك غابة مجاورة، وكان الأول يحتاج كل سنة مقدارا من الخشب للتدفئة في القصر، فيمكنه الحصول عليها من الغابة بأحد هذه الاتفاقات :

أ) يتفقان على أن يورد الثاني للأول مقدار معينا من الخشب مقابل مبلغ محدد، فهذا الاتفاق أنشأ لمصلحة صاحب القصر حقا شخصيا، وفرض على مالك الغابة التزاما شخصيا.

ب) يتفقان أنه مقابل مبلغ معين يمنح الأول الحق للثاني بأخذ كل سنة كمية الخشب اللازمة له ما دام حيا، وهذا الاتفاق ينشأ لمصلحة صاحب القصر حق استعمال على غابته.

ج) يتفقان أنه مقابل مبلغ يدفعه الأول للثاني بأن يكون لقصره حق دائم لأخذ مقدار الخشب كل سنة من غابة الثاني، وهذا الاتفاق ينشأ لمصلحة عقاره حق إرتفاق على عقار الأخر.

إنه من مختلف هذه الأمثلة البسيطة تتحدد المقارنة وأهم الفوارق المميزة لكلا من حق الإرتفاق العيني والحق الشخصي، وبإعتبار هذا الأخير هو الإلتزام فإن تميزه بهذه الصورة يمكننا من وضع إطار له بما يجعله يبتعد عن حق الإرتفاق أو يقترب منه في بعض الحالات، وهذا لإمكان الوصول للجواب عن السؤال : هل ممكن لبعض الإلتزامات الشخصية أن ترتقي بمثابة حقوق إرتفاق وتصبح تتميز بما يتميز به هذا الحق من الخصائص.

---

[1] محمد كامل مرسي باشا: المرجع السابق، ص 637 وما يليها.

المطلب الثالث

تصنيفات حقوق الإرتفاق

إن حق الارتفاق يختلف عن غيره من الحقوق العينية الأصلية لكونه يتعذر تحديد مضمونه تحديدا قاطعا، ويرجع ذلك لكثرة أنواعه، إذ يختلف المضمون باختلاف الأنواع أنواعه ، إذ هناك ارتفاق المرور، وارتفاق المطل، وارتفاق المجرى، وارتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يتجاوز ارتفاعا معينا...

فنظرا لدقة التقسيمات حتى في القانون المدني الجزائري ولأن هذا الجانب من الموضوع لا يؤدي أهمية كبيرة نظرا لأن فائدته لا تخص إلا بعض الإرتفاقات التي نص عليها القانون المدني بكل وضوح كالإرتفاقات الظاهرة وإعتبار طرق اكتسابها وإنصراف بعض الآثار إليها دون غيرها.

فنكتفي بالإشارة إلى بعض الأنواع التي نعتبرها هامة في الدراسة و قد تنصرف إليها بعض الآثار فيما بعد.

أولا : الإرتفاقات المستمرة وغير المستمرة

هذا التقسيم هو بحسب موضوع الإرتفاق وقد تطرق إليه التقنين المدني الفرنسي ولا نجد له مقابل في القانون المدني الجزائري، ورغم إنتقاد بعض الفقهاء له غير أن أهميته تبقى قائمة ومعيار التفرقة هنا يكمن في مدى الحاجة إلى تدخل الإنسان لممارستها.

1/ فيقصد بالإرتفاق المستمر هو :

الإرتفاق الذي يستعمل دون تدخل من فعل الإنسان، أو بمعنى آخر هي التي تعمل بصورة آلية كما في الإرتفاق بعدم الـبناء أو تعليته لحد معين، أو الإرتفاق بالرؤية أو المطل أو بالشرب أو بالمجرى فهي كلها إرتفاقات مستمرة، وهي أيضا إرتفاقات سلبية كما سيأتي[1].

---

[1] د/ محمد كامل مرسي باشا : المرجع السابق، ص 638 - 637.

2/ أما الإرتفاقات غير المستمرة :

يحتاج في استعمالها إلى التدخل الحال لفعل الإنسان، أي تدخل صاحب العقار المرتفق، ويبتدأ هذا التدخل عادة في صورة أعمال متكررة كما في حق المرور فإنه لا يستعمل إلا في كل مرة يراد فيها استعماله – والإرتفاق باستخراج الأحجار والإرتفاق بالرعي فكلها إرتفاقات غير مستمرة[1].

وإنتقد بعض الفقهاء هذا التقسيم بدعوى ما الفائدة منه، لكن تظهر أهميته فيما يخص حساب مدة التقادم المسقط عند انتهاء حق الارتفاق بعدم الاستعمال[2].

والمشرع الجزائري لم يأخذ به كما أخذ به المشرع المصري، إذ أن القانون الجزائري يعتبر أنه حتى الإرتفاق غير المستمر يمكن كسبه بالتقادم ما دام ظاهرا كحق المرور.

ثانيا : الإرتفاقات الإيجابية والسلبية

وهو تقسيم لحق الإرتفاق بحسب مضمونه، فالإرتفاق الإيجابي **servitude positive** هو الذي يخول صاحب العقار المرتفق سلطة القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به، كالإرتفاق بالمرور والإرتفاق بالرعي أو الشرب ...

أما الإرتفاق السلبي **servitude négative**، هو حينما يقتصر مضمون حق الإرتفاق على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لو لا وجود حق الإرتفاق، كالإرتفاق بعدم البناء و الإرتفاق بعدم التعلية إلى حد معين، والإرتفاق بالرؤية.

والإرتفاق الإيجابي قد يكون مستمرا كالإرتفاق بالشرب أو المسيل أو غير مستمر كالإرتفاق بالمرور و بالرعي.

كما قد يكون ظاهرا كالإرتفاق بالمرور أو بالشرب إذا وجدت له علامة خارجية أوغير ظاهر كالإرتفاق بالرعي أو بالمرور أو بالشرب عندما لا تكون له علامة.

أما الإرتفاق السلبي فهو دائما إرتفاق مستمر غير ظاهر[3].

ثالثا : الإرتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة :

---

[1] د/ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 629.

[2] د/ نبيل سعد : المرجع السابق ، ص 304.

[3] د/ عبد المنعهم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 955.

ويكمن معيار هذا التقسيم فيما إذا كانت هناك علامة خارجية تدل عليه من عدمه، ولذلك فإرتفاقا معينا قد يكون ظاهرا في حالة ولا يكون في حالة أخرى.

ويقصد بمعنى الظاهر معنى خاص ليس كما هو معناه في الحيازة، لأن الحيازة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة، فيصح أن يكون حق الإرتفاق غير الظاهر وهو الذي ليست له علامة ظاهرة تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة[1].

وإن المشرع الجزائري نص بالمادة 868 قانون مدني على ما يلي : " **ينشأ حق الإرتفاق ...إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور**".

كما نص بالمادة 1/869 على "**يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي** ".

فمن خلال كلا المادتين يتضح أن المشرع الجزائري نص خصيصا على الإرتفاقات الظاهرة وميزها عن غيرها ولو أنه لم يقم بتعريفها بل أوردها ضمن أسباب اكتساب الإرتفاقات لما تتميز به من خاصية تنفرد بها.

وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي عرفها تعريفا مميزا عن غيرها من الارتفاقات الأخرى، إذ اعتبر أن حقوق الإرتفاق إما ظاهرة أو غير ظاهرة وحقوق الإرتفاق الظاهرة هي التي تدل عليها أعمال خارجية، كالأبواب والشبابيك والقنوات.

وحقوق الإرتفاق غير الظاهرة هي التي ليس لها علامة خارجية تدل على وجودها، مثل المنع من البناء على أرض من الأراضي أو منع رفع البناء على إرتفاع معين.

فيتبين إذا أنه إذا كان تقسيم الإرتفاق إلى مستمر إلى مستمر غير مستمر يرجع إلى طبيعة الإرتفاق في ذاته، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر قد لا يرجع إلى ذلك بل إلى أمر خارجي عارضي هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة.

فالإرتفاق بالمرور يكون ظاهر إذا كان له طريق معين محدد، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض القائم عليها.

كما أن طبيعة الإرتفاق قد تساعد على أن يكن ظاهرا في العادة وذلك كالإرتفاق بالمطل فيصعب تصور وجوده دون علامة ظاهرة، تدل عليه كنافذة أو شفة.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، ج 9.

وقد تقضي طبيعة الإرتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما كالإرتفاق بعدم البناء.

وتجب الإشارة أن هذا التقسيم لم يعرف في القانون الروماني، ولم يظهر إلا من خلال القانون الفرنسي وقد كان يتميز بالاختلاط مع تقسيم الإرتفاق إلى المستمر، وغير المستمر والتقنين المدني الفرنسي هو الذي ميز بكل وضوح ما بينهما وأن كلاهما مستقل عن الآخر ولا يختلط به.

فقد يكون الإرتفاق مستمرا ظاهرا كالإرتفاق بالمطل، وقد يكون غير ظاهر كالإرتفاق بعدم البناء، وقد يكون الإرتفاق غير المستمر ظاهرا كالإرتفاق بالمرور لوجود علامة ظاهرة وقد يكون غير ظاهر كالإرتفاق بالمرور الذي ليس له علامة ظاهرة والإرتفاق برعي المواشي[1].

والخلاصة :

إن مختلف هذه التصنيفات ليست مستقلـة تماما بعضها عن البعض بل هي متداخلة إذ قد تجتمع في إرتفاق واحد وذلك كما لو يكون الإرتفاق مستمرا وظاهرا أو مستمرا غير ظاهر.

والمشرع الجزائري كما سبقت الإشارة له لم يأت بنصوص صريحة كما فعل المشرع الفرنسي، بل أنه وفي سياق تطرقه لأسباب اكتساب حقوق الإرتفاق تطرق إلى الإرتفاقات وعدد مصادرها.

حيث يجب التأكيد أن المشرع الجزائري ركز في تطرقه لأحكام حق الإرتفاق على تخصيص الإرتفاقات الظاهرة عن غيرها وذلك لما يشكله هذا النوع من الإرتفاقات من خصوصية حول طرق اكتسابها وإنفرادها بانصراف بعض الآثار الهامة.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 9 ص 1294 وما يليها.

ولقد أصدرت المحكمة العليا في هذا المجال عدة قرارات تتعلق بارتفاق المرور نظرا لما يتسبب فيه هذا النوع من الإرتفاقات من منازعات بين الجيران وهو ما يبرز إعطائه حلول واضحة ومستقرة ولا سيما ما يتعلق منها بشروط الاكتساب والاستعمال والزوال، ونظرا للمتطلبات العلمية وللمعطيات القانونية، فإن الحلول المكرسة من طرف المحكمة العليا تسمح بتجنب الاختلاف وبتوحيد الاجتهاد القضائي[1]، ونقدم قرارين هامين :

- القرار رقم 226568 المؤرخ في 2002/03/20 يذكر أن ارتفاق المرور هو ارتفاق ظاهر وغير مستمر، في حين أن الارتفاقات الظاهرة والمستمرة هي وحدها التي تكون محلا للتقادم المكسب المادة 868 من القانون المدني[2].
- وكذا القرار رقم 239277 مؤرخ في 2002/10/23 : وإن الحل المكرس بهذا القرار على أساس المادة 702 من القانون المدني جدير بالموافقة عليه، إذ يحق لصاحب حق الارتفاق حتى ولو لم يكتسبه بالتقادم نهائيا ممارسة دعاوى الحيازة، فهو يحميه القانون بشرط توافر شرطي الظهور والاستمرار [3].

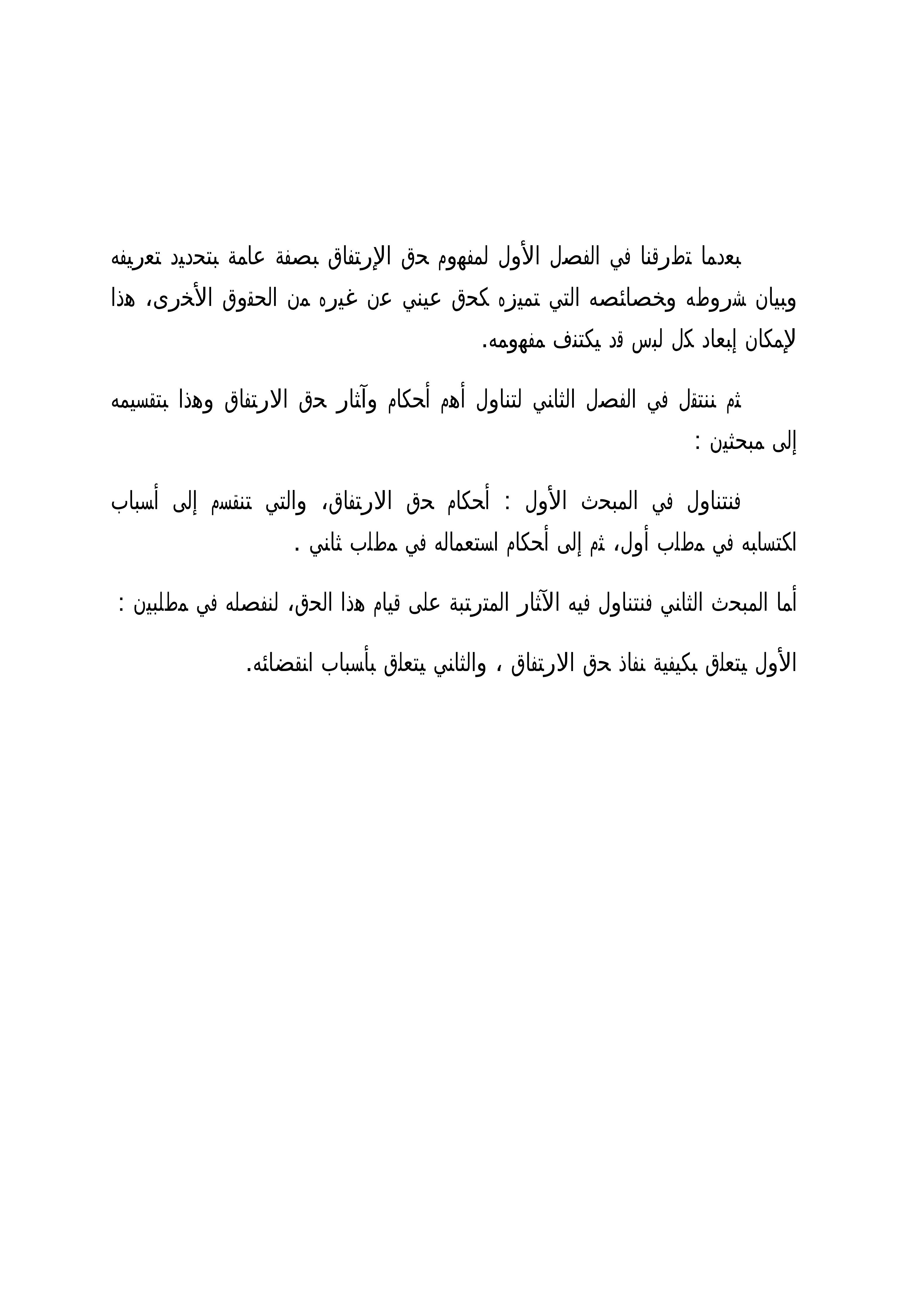
---

[1] أستاذ رمضان زرقين، جامعة باتنة، مقال بعنوان عن بعض جوانب ارتفاق المرور، ترجمة أمقران عبد العزيز، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، سنة 2004، ص 51.

[2] و [3] نفس المرجع ، ص 74 و 78.

الفصل الثاني

أحكام وآثار حق الإرتفاق



بعدما تطرقنا في الفصل الأول لمفهوم حق الإرتفاق بصفة عامة بتحديد تعريفه وبيان شروطه وخصائصه التي تميزه كحق عيني عن غيره من الحقوق الأخرى، هذا لإمكان إبعاد كل لبس قد يكتنف مفهومه.

ثم ننتقل في الفصل الثاني لتناول أهم أحكام وآثار حق الارتفاق وهذا بتقسيمه إلى مبحثين :

فنتناول في المبحث الأول : أحكام حق الارتفاق، والتي تنقسم إلى أسباب اكتسابه في مطلب أول، ثم إلى أحكام استعماله في مطلب ثاني .

أما المبحث الثاني فنتناول فيه الآثار المترتبة على قيام هذا الحق، لنفصله في مطلبين :

الأول يتعلق بكيفية نفاذ حق الارتفاق ، والثاني يتعلق بأسباب انقضائه.

المبحث الأول
أحكام حق الإرتفاق

سنتناول من خلال هذا المبحث المعنون ((أحكام حق الإرتفاق)) بتقسيمه إلى مطلبين إثنين ففي المطلب الأول نتطرق من خلاله لأسباب إكتساب ونشأة حق الإرتفاق لدى الفقهاء وفي القانون لنصل لتحديد ثلاث أسباب مهمة نولي لها دراسة خاصة وذلك بتخصيص فرع مستقل لكل منها.

وأما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى كيفية إستعمال حقوق الإرتفاق والتي ندرس أحكامها كما نص عليها القانون الجزائري من خلال ثلاثة فروع.

المطلب الأول
أسباب إكتساب ونشأة حق الإرتفاق

جاء في نص المادة 868 من القانون المدني الجزائري أنه : " **ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور** ".

كما نصت المادة 869 من القانون المدني على **: " يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي .."**

إن المشرع الجزائري إعتمد من خلال هذه النصوص طرقا محددة لإنشاء حق الإرتفاق أو إكتسابه[1] وهي خمسة أسباب تتمثل : الموقع الطبيعي للأمكنة، العقد الشرعي، الميراث التقادم – تخصيص المالك الأصلي وسنعود إليها لاحقا بعد أن نوضح أراء الفقهاء في تحديد الأسباب بإعتبار الفقه لم يستقر على رأي موحد في ذلك.

---

[1] يختلف الإنشاء عن الإكتساب لكون الأول يخص الموضع الطبيعي للأمكنة بينما ينصرف الإكتساب إلى باقي الأسباب.

1- موقف فقهاء القانون من أسباب الإكتساب :

يفرق بعض الفقهاء بصدد أسباب اكتساب حقوق الإرتفاق بين كسبها انتقالا أوكسبها إبتداء.

فبخصوص اكتسابها انتقال، يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار فأينما تنتقل ملكية العقار ينتقل معها حق الإرتفاق .

فالعقار الذي تقرر لفائدته حق الإرتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم وبالتالي ينتقل حق الإرتفاق بنفس الأسباب.

ومن هنا يتم استبعاد الالتصاق والاستيلاء لأنهما سببان لكسب الملكية ويتعارضان مع طبيعة الإرتفاق[1].

أما حول اكتسابها ابتداء فبعدما تم إستبعاد الالتصاق والاستيلاء، لإستحالتهما يستبعد أيضا الميراث والشفعة لأن حق الإرتفاق يكسب بها إنتقالا.

فيبقى إذا لأسباب الإكتساب إبتداء التصرف القانوني (العقد والوصية) وكذلك التقادم ويضاف له تخصيص المالك الأصلي لأنه يقوم على اتفاق ضمني أي على تصرف قانوني.

2- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية :

ما فقهاء الشرع الإسلامي فيعتبرون أن حقوق الإرتفاق تثبت بالأسباب الآتية[2]:

الشركة العامة : ومثالها الطرق والأنهار ...المخصصة للمنافع العامة وهي ليست ملكا خاصا لأحد، ذلك أن المرافق العامة تعتبر شركة بين الناس، فيباح للناس جميعا الإرتفاق بها حيث أعدت لذلك بشرط ألا يضر بالعامة.

التراضي : وذلك يثبت هذا الحق في عقد المعاوضة، كبيع أحدهم أرضا زراعية يشترط أن يكون عليها حق المرور لأرض أخرى فيثبت هذا الحق بهذا الشرط المتفق عليه.

- باشتراطها في عقود المعاوضة :

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج 9، المرجع السابق، ص 1302.

[2] د/ أحمد فراج حسين : المرجع السابق، ص 91.

كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها أو حق شرب لأرض مملوكة له، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط على الأرض المبيعة[1].

- **قضاء القاضي** : (الإجبار) كما إذا تعين العقار لترتيب حق إرتفاق عليه لصالح آخر وسمح مالكه بترتيبه بالتراضي، فيجب على القاضي عند عرض النزاع عليه، وظهور أن المصلحة تقتضيه أن يحكم بتقريره جبرا عنه.

والاستناد في ذلك ما قاله به عمر بن الخطاب رضي ا تعالى عنه حينما عرض عليه الضحاك أن له أرضا بعيدة فاستأذن مالكها، فرفض السماح له رغم محاورته فدعا عمر (رضي ا تعالى عنه) محمد بن مسلمة و أمره أن يستجيب لطلب الضحاك، ولكنه لم يذعن للأمر، فقال له عمر : **"لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشرب به أولا و أخرا لا يضرك ؟** " فقل محمد: **لا وا** ، فقال عمر : **"وا ليمرن ولو على بطنك** " وأمر بحفر القناة.

فهنا تتجلى عدالة الإسلام ، فإن كان الإسلام يحد حرية الأفراد في أموالهم ، فإن ذلك فيه مراعاة لشؤون الدولة والصالح العام ، إذ المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، ولأنه لا ضرر وضرار كما يقول الرسول (ص)[2].

- **التقادم :** ويعتبر أحد أسباب ثبوت حق الإرتفاق متى طال زمنه وابتعد، بحيث لا يمكن تحديد وقت ثبوته، كما إذا ورث شخص أرضا تسقي من أرض بجوارها ولا يعرف أحد متى ثبت هذا الحق، حتى لو أراد صاحب العقار المرتفق (الخادم) أن يمنع صاحب حق الإرتفاق، لم يستطيع ذلك لأن الحق ثبث له بالتقادم، والظاهر أن سببه مشروع، حمل الحال الناس على الإفلاح إلا إذا أثبت صاحب العقار الخادم أنه ثبت بسبب غير مشروع فيحكم ببطلانه.

فإن حق الإرتفاق الدائم يثبت بأحد هاته الأسباب، ولا يملك أحد إبطاله إلا لدواعي المصلحة العامة أو بتراضي الطرفين، لا يثبت هذا الحق لمجرد الإذن أو الإباحة.

---

[1] د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 666.

[2] د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 665.

ذلك أن اكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم يتنافى مع الإسلام والعدالة والخلق ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكا لقوله (ص) :" لا يبطل حق امرأ مسلم وإن قدّم".

غير أن الإمام مالك يرى عكس ذلك، فجاء من المدونة الكبرى بإمكانية تملك الشيء بالحيازة وترك تحديدها للحاكم[1].

3- **أسباب الإكتساب والإنشاء في القانون الجزائري :**

لقد سبق لنا أن أشرنا في بداية المطلب إلى أن المشرع الجزائري عدد خمسة أسباب لاكتساب الإرتفاق من خلال نص المادتين 868 و 869 من القانون المدني وهي: الموضع الطبيعي للأمكنة، العقد الشرعي (كما جاء بالنص) -الميراث-التقادم– تخصيص المالك الأصلي.

وما يجب التذكير به هو أن المشرع الجزائري حدد أسباب اكتساب حقوق الإرتفاق على وجه الدقة والحصر، فلا يمكن الزيادة عليه، أو إنشاء هذا الحق عن طريق القضاء.

وإن قضاء المحكمة العليا يسري في نفس المجال وذلك من خلال بعض القرارات منها :

* قرار رقم 24886 مؤرخ في 1982/03/31 جاء فيه " متى نصت المادة 886 من القانون المدني على أن حق الإرتفاق ينشأ عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث فإن ترتيبـه قضاءا يخضع لأحكام المادة المذكورة التي تعتبر الأساس القانوني.

ومتى كان الأمر كذلك فإن المجلس القضائي الذي إعتمد في ترتيب حق إرتفاق على إقتراح الخبير الغير مؤسس على مبدأ من المبادئ لامن العرف ولامن القانون، فإنه يكون بقضائه هذا خالف نص المادة المذكورة، وأفقد قراره الأساس القانوني مما يترتب عليه نقض القرار "[2].

---

[1] د/ بلحاج العربي، مرجع سابق.

[2] المجلة القضائية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1989، العدد 2، ص 28.

ومن خلال الأسباب الواردة في نص المادة 868 من القانون المدني، ونظرا لموقف المحكمة العليا السالف فإننا نستطيع ترتيب الأسباب حسب أهميتها وطبيعتها.

وإبتداءا نعرض بإختصار لسببين، هما من قبيل الوقائع المادية وذلك لقلة أهميتهما العملية وهما الموقع الطبيعي للأمكنة والميراث، ثم نتناول أهم ثلاثة أسباب ونفرد لكل منهما فرعا خاصا وهما – التصرف القانوني – التقادم و تخصيص المالك الأصلي.

- الموقع الطبيعي للأمكنة :

لقد أورده المشرع الجزائري كأول سبب من أسباب كسب حق الإرتفاق وإن حاول في ذلك مجاراة المشرع الفرنسي لكن هذا الأخير تطرق في المادة 639 من القانون المدني إلى تقسيم حقوق الإرتفاق إلى إرتفاقات طبيعية، وقانونية واتفاقية.

وإن هذا السبب لا يبدو بالأهمية اللازمة ضمن أسباب الاكتساب الأخرى ذلك لأن أغلب الفقهاء ومنهم الفرنسيون يعتبرون مثل هاته الإرتفاقات نادرة الوقوع ولا يذكرون منه إلا إرتفاق المسيل الذي ذكرته المادة 640 من القانون الفرنسي.

ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الجزائري، فقد ذكر هذا السبب ولم يبين حالاته أو أمثلته.

- الميراث :

وتحكمه القواعد العامة، إذ يعتبر كواقعة مادية تسري عليه القواعد المشار لها في قانون الأسرة، ولا يعتبره أغلب الفقهاء كسبب من أسباب اكتساب الارتفاق كالفقيه السنهوري، الذي يتساءل أنه لماذا لم يورد القانون الشفعى كسبب لكونها كالميراث يكتسب بها حق الارتفاق انتقالا[1]، غير أن المشرع الجزائري جاء به من ضمن 05 أسباب للاكتساب ونحن نرتب هاته الأسباب حسب أهميتها ومدى التعامل بها في الواقع، ونظرا لكون الميراث والموقع الطبيعي للأمكنة قليلا الوقوع ليكتسب بهما الارتفاق، فإننا ننتقل بالدراسة لثلاثة أسباب هامة يقع بأحدها غالبا اكتساب حق الارتفاق، ونفرد لكل سبب منها فرعا خاصا.

الفرع الأول

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، الوسيط ج 9 ، ص 1302.

التصرف القانوني

" Acte Juridique "

لقد أورد المشرع الجزائري عبارة العقد الشرعي في النص العربي للمادة 868 من القانون المدني الجزائري إذ نصت على : " ...أو يكسب بعقد شرعي ..." حيث أن إيراد هاته العبارة فيه غموض، فهل قصد المشرع هو العقد بحد ذاته أي تراضي الصادر عن المتعاقدين، أم يقصد عبارة : التصرف القانوني بمعناه الواسع.

ثم أن المشرع أضاف عبارة " شرعي للعقد " فإن كان قصده هو العقد فقط فلماذا هذه العبارة ؟ لأن العقد الشرعي غير معروف في القانون، والصحيح هو التصرف القانوني كما ورد في النص الفرنسي[1] ومن ثم فإن قصد المشرع الجزائري لم يكن يقتصر على العقد بالمعنى الحرفي للكلمة وفقـط، إنما يمتد إلى معنى التصرف القانوني بمعناه الواسع Acte juridique.

ويجب التذكير أن أغلبية الفقهاء يتكلمون عن التصرف القانوني بصفة عامة لا عن العقد فقط كسبب لاكتساب حق الإرتفاق.

ونتطرق فيما يلي إلى أنواع التصرف القانوني، ثم قواعده الموضوعية والشكلية.

أولا : أنواع التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق

سبق ورأينا أن القانون يفرض بعض القيود القانونية على حق الملكية سواء للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة، هذه القيود تتحدد بنطاق معين وتطبق بشروط محددة.

كما قد يلجأ الأفراد إلى تقرير هذه القيود وتضمينها اتفاقاتهم ، هنا تتحول من قيود قانونية إلى حقوق ارتفاق وتبدو أهمية هذا الاتفاق في حالة ما إذا غير الأطراف في الاتفاق مضمون القيد أو شروط تطبيقه[2].

---

[1] د/ علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 181.

[2] د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 240.

إن هذا التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق إما أن يكون اتفاقا صادرا عن طرفين وذلك هو العقد، وإما أن يكون بإرادة منفردة صادرة من طرف واحد وتلك هي الوصية.

فالعقد هو السبب المألوف لكسب حق الإرتفاق ابتداء وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقارين لإنشاء حق إرتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول.

فالوصية هي تصرف بإرادة منفردة نادر الوقوع بصدد الارتفاق، إذ تصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به فيرتب بموجبها حق إرتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق الذي يسمى مالكه الموصى له.

أما عقود المعاوضة التي يكتسب بها حق الإرتفاق فهي متنوعة منها :

عن طريق المقايضة، أو عن طريق الوفاء بمقابل، كأن يرتب أحد على عقاره حق إرتفاق وفاءًا للدين في ذمته لمالك العقار المرتفق.

وكذلك عقد التبرع أي الهبة، فينشأ به حق الإرتفاق ودون مقابل[1].

والقاعدة أنه أيا كان نوع التصرف القانوني (عقد معاوضة - أو تبرع - أو وصية) فينشأ حق الإرتفاق من أي تقسيم كان - كالمستمر (حق الشرب) - أو غير المستمر (حق المرور) أو الظاهر (كحق المطل) أو غير الظاهر (كحق رعي المواشي) أو الإيجابي (كالحق في أخذ الماء) أو السلبي كالحق في عدم البناء.

بينما على العكس من ذلك فإن الأسباب الأخرى لإنشاء حقوق الإرتفاق – كالتقادم وتخصيص المالك الأصلي فلا تنشئ من حقوق الإرتفاق إلا ما كان ظاهر، وسيأتي بيان ذلك لاحقا عند التطرق لهذه الأسباب.

---

[1] د/عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 1304 وما يليها.

ثانيا : القواعد الواجب التقيد بها في التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق

نقصد هنا القواعد الشكلية والموضوعية المطلوب التقيد بها في التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق، كل ذلك مع مراعاة أحكام الشهر العـقاري المستوجبة قانونا في مثل هاته الحقوق.

1/ القواعد الموضوعية للتصرف القانوني :

نقصد بها القواعد العامة في القانون المدني، فإذا كان التصرف القانوني عقدا من عقود المعاوضة تسري أحكامها، أما إذا كان التصرف القانوني من عقود التبرع تسري أحكامها أيضا، فالأصل ضرورة توافر شروط الصحة في كل من الموصي والموصى له.

***/ شروط منشئ حق الإرتفاق :**

1- أن يكون مالكا للعقار الخادم : لأن إنشاء حقوق الإرتفاق فيه تقييد لحق الملكية، فلا يكون للمنتفع ولا للحائز تقرير حق الإرتفاق.

أما الشريك في الملك ليس له تقرير هذا الحق على العقار المشترك من غير رضاء سائر الشركاء.

فيمكن اعتبار حق الإرتفاق الذي يرتبه الشريك في الملك على عقار شائع من غير رضاء باقي الشركاء في الملك كحق معلق على تحقق الشرط، فلا ينتج أثره إلا بعد تحقق الشرط والمقصود به هنا هو القسمة [1].

أما مالك العقار المرهون فيصح له ترتيب حق الإرتفاق على العقار المرهون بشرط عدم الإضرار بحقوق الدائنين المرتهنين.

2- أن يكون آهلا للتصرف : فلا يكفي أن يكون مالكا للعقار فقط، بل يجب أن تكون له أهلية التصرف في العقار لترتيب حق الإرتفاق، فلا يكفي الأهلية العامة للتعاقد.

---

[1] د/ كمال مرسي باشا : المرجع السابق، ص 760 وما يليها.

***/ شروط المنتفع بحق الإرتفاق :**

يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق، لكن ليس من اللازم أن يكون أهلا للتصرف، فيكفي توافر أهلية التعاقد أو أهلية القبول بلا مقابل، وبما أن الإرتفاق يزيد في قيمة العقار المرتفق أو في منفعته فيجوز لناقصي الأهلية أو للمديرين لأموال الغير أو لواضعي اليد حسن النية أو سيئي النية أن يقبلوا إنشاء حقوق الإرتفاق لعقارهم على غيره.[1]

2/ القواعد التي تحكم محل التصرف القانوني :

نقصد بمحل التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق هو مضمونه وإن هذا المضمون يقصد به، قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به وهو إرتفاق إيجابي، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره و هو إرتفاق سلبي.

إن القواعد التي تحكم محل التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق تحكمه دائما القواعد العامة، فالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يجب أن يكون طبقا للقواعد العامة مشروعا، أي غير مخالف للنظام العام.

إن هذا التكليف الذي يشكل مضمون حق الإرتفاق يجب التمييز بشأنه أنه إذا كان المراد به تعهد شخصي، فلا يكون هناك حق إرتفاق بخلاف ما لو كان التكليف منصرفا إلى إرتفاق عيني دائم على عقار لمنفعة الصناعية أو الزراعة فإن الإرتفاق يكون عينيا وللقاضي سلطة التقدير حسب ظروف كل دعوى وإن نفس القواعد التي سبق وأن تكلمنا عنها عند تناولنا لمحل حق الإرتفاق هي التي تنطبق حاليا، كما أن شروط أو حدود هذا التصرف القانوني هي ذاتها شروط حق الإرتفاق التي سبق الإشارة إليها.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 1307.

3/ القواعد الشكلية للتصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق :

من خصائصه حق الإرتفاق أنه حق عيني عقاري، وبالتالي فهو يستلزم لإنشائه توافر الشكل المتطلب قانونا، ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هل الشكلية مطلوبة في أي تصرف قانوني يكتسب به حق الإرتفاق أم في تصرفات محددة؟

إن الجواب على هذا السؤال يتضح من خلال تناولنا لموقف المشرع الجزائري في هذا الشأن سواءا في إطار أحكام القانون المدني أو ضمن مراسيم متممة؟

كما أنه في إطار هاته القواعد الشكلية يستلزم الأمر التطرق لأحكام الشهر العقاري ومدى إلزاميته من عدمها لقيام حق الإرتفاق أو إنشائه و أيضا لنفاذه ؟

وسوف نتناول كل جانب من هاته القواعد الشكلية في جزء خاص من خلال ما يلي :

أ/ شرط توافر الرسمية لقيام التصرف :

إن المشرع الجزائري كان صريحا بخصوص هاته المسألة منذ صدور الأمر90- 70 رقم المتضمن تنظيم التوثيق المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 فتضمن في المادة 12 منه وأوجب أن يتم تحرير العقود الناقلة لملكية عقار أو حق عيني في شكل رسمي[1].

وبقي هذا الشرط لازما لانعقاد أي عقد وارد على عقار رغم صدور القانون المدني الجزائري بواسطة الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ونصه على مبدأ الرضائية في العقود من خلال نص المادة 59 من هذا القانون.

غير أن المشرع الجزائري أدمج نص المادة 12 السالفة ضمن أحكام القانون المدني من خلال القانون رقم : 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988[2].

---

(1) الأمر رقم : 90 - 70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق.

(2) القانون رقم 88 - 14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني.

فرغم أنه أدمجها ضمن أحكام إثبات الالتزام فإنـه تضمنها بنص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري وتنص هذه المادة على :" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية. في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ".

ويتضح لنا أن المشرع الجزائري عندما أضاف ركن الشكلية في بعض العقود وتضمنها ضمن أحكام إثبات الالتزام، ولم يدرجها ضمن أحكام العقد بصفة عامة أي ضمن أركانه الواردة بالمادة 59 وما يليها من القانون المدني.

فإنما يقصد المشرع أن الأصل في كافة العقود هو الرضائية، فيكفي توافق الإراديتين على طبيعة العقد ومحله وسببه لقيامه.

بينما هناك إستثناءات ترد بخصوص عقود محددة، يشترط القانون زيادة على توافر الرضا أن يتم تحرير العقد ذاته في شكل معين، ويكون ذلك إما ركنا في العقد أو وسيلة لإثباته.

والشكلية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر1 في القانون المدني هي ركن رابع للانعقاد إلى جانب الأركان الثلاثة الأخرى الرضا، المحل، السبب[1].

وبالتالي فإن تناول المشرع الجزائري الشكلية في بعض التصرفات كشرط للانعقاد ضمن أحكام إثبات الالتزام غايته التفرقة بين متى تكون الكتابة الرسمية (العقد الرسمي) شرط للانعقاد وركنا في العقد وبين متى تعتبر من أجل الإثبات فقط.

---

[1] د/ موالك بختة : مقال بعنوان " المادة 324 مكرر1 من القانون المدني وتطبيقها على البيع العقاري، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، سنة 1993، عدد 4 ، ص 862.

***/ هدف المشرع من الشكلية والضمانات التي توفرها :**

الهدف من اللجوء لاشتراط الشكلية كركن في العقد يرجع لأهمية العقارات ولما تشكله من ثروة اقتصادية من جهة، ولتمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقار من جهة أخرى.

ومن جهة أخرى، وجود عدة منافع تعود على الأطراف أنفسهم، فهم يؤمنون على صحة التعاقد لأنه صادر من جهة مكلفة بذلك، ويتلقون النصائح والإرشادات من طرف الموثق[1].

هذا إضافة لأن العقد الرسمي المتضمن للتصرف بعد وسيلة إثبات فشهادة الضابط العمومي الذي حرره تتميز بثقة خاصة تكفلها الشروط التي تطلبها القانون فيه.

وذلك أن المادة 324 مكرر5 من القانون المدني تعتبر العقد الرسمي حجة على الكافة حتى يثبت تزويره.

***/ جزاء تخلف الشكلية :**

لقد جاء نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني صريحا في هذا المجال في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي في العقد الوارد على عقار أو حق عيني عقاري بطلان هذا العقد وإن ذلك يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية للانعقاد لا للإثبات.

ورغم عدم توضيح النص لطبيعة البطلان فإن المقصود به هو البطلان المطلق لأنه لو كان نسبي لبين المشرع لمصلحة من تقرر كما فعل مثلا في بيع ملك الغير.

والعقد الباطل هو عقد (معدوم) ولا يحتاج إلى حكم قضائي لتقرير بطلانه، فإن اقتضى الأمر استصدار حكم بالبطلان، فإن هذا الحكم يكشف عن البطلان ولا يقرره[2].

وإذا أبطل العقد زال كل أثر له ووجب إرجاع الطرفين إلى ما كان عليه قبل التعاقد كما تنص عليه أحكام المادة 103 من القانون المدني.

---

[1] عبد العزيز نويري : الشكلية وآثارها على التعاقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، 1988، عدد 18، ص21.

[2] د/ مواك بختة، المرجع السابق، ص 857.

ب/ الإشهار العقاري لنفاذ التصرف القانوني :

إبتداء سوف لن نتوسع في التطرق لهذا الجزء لأننا سوف نرجع لدراسته بشكل مفصل في مطلب خاص من المبحث الثاني من هذا الفصل.

ولكن نظرا لأهميته ضمن أهم القواعد الشكلية الواجب التقيد بها بخصوص التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق سوف نتطرق إليه بشكل وجيز.

إن المشرع الجزائري كما تطرق لأحكام الشكلية لانعقاد التصرف تناول أيضا ضمن أحكام القانون المدني ضرورة الإشهار، لنفاذ هذا التصرف.

حيث جاء النص على ذلك ضمن المادة 793 قانون مدني على ما يلي : "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

فمن خلال هاته المادة يظهر مدى استلزام المشرع لإجراءات الإشهار العقار حتى ينتقل أي حق عيني وارد على عقار سواء ما بين المتعاقدين أو في حق الغير.

وقد أضاف المشرع الجزائري فيما يخص الأحكام التي تضبط إجراءات الشهر العقاري فإنه تناول في الأمر رقم 74/75 مؤرخ في 1975/11/12[1] الخاص بتأسيس السجل العقاري وفي المادتين 15 و 16 على وجـه الخصوص جاء بالنص على ما يلي: المادة 15 " **كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية** ".

أما المادة 16 نصت على " **إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية** ".

فمن خلال هاته الأحكام الصادرة بموجب الأمر 74/75 أعلاه فإن المبدأ التقليدي - الذي بمقتضاه يكفي مجرد الاتفاق الرضائي لإنشاء سواء حق الملكية أو كل حق عيني آخر يتعلق بعقار - يكون قد تغير، لأن هاته الحقوق لا وجود لها سواء بين

---

[1] الأمر رقم : 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من اليوم الذي يتم إشهارها في مجموع البطاقات العقارية، ونفس الشيء بالنسبة للعقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري[1].

فثابت إذا أن التصريحات المختلفة التي تؤدي إلى نقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، لا يكون لها أثر بين أطرافها ولا وجود لها إتجاه للغير إلا إذا تم قيدها في مجموع البطاقات العقارية[2].

وإن معنى الشهر في القانون الجزائري له وظيفتان وهما :

التسجيل والقيد، ونعني بالأول : التسجيل في المحافظة العقارية ويتعلق خاصة بنقل الملكية في الحقوق العينية الأصلية، ونعني بالثاني، ويتم القيد في مصلحة قيد الرهون بالمحافظة العقارية ويتعلق بالحقوق العينية التبعية، إذ يحتج صاحب الحق العيني التبعي بميزتي التتبع والأفضلية.

ج/ التلازم بين للشكلية والشهر معا لقيام التصرف القانوني ونفاذه :

لقد جاء المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976[3] يتعلق بتأسيس السجل العقاري بحكم هام ضمن المادة 61 منه تنص على **"كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".**

إن المشرع الجزائري يكون قد ذهب بعيدا بخصوص إنشاء الحقوق العينية الأصلية وبخاصة حق الإرتفاق حينما تطلب أن يتوافر ركن الشكلية في التصرف المنشأ له وربطها بضرورة إشهار نفس التصرف فإن المشرع يكون قد لازم بين الإجراءين نظرا لأهميتهما فلا يمكن القيام بأي أجراء دون الآخر وذلك لكي يكتمل قيام التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق و يرتب كامل أثره بأن يكون نافذا في مواجهة طرفيه وفي مواجهة الغير.

---

[1] أ/ عازب فرحات : محاضرة في مسح الأراضي والسجل العقاري، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل، سنة 1995، ص 61.

[2] أ/ صداقي أعمر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية.

[3] المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 26 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

الفرع الثاني

التقادم المكسب

لقد تضمنه نص المادة 868 من القانون المدني الجزائري في شقها الثاني، التي جاءت بما يلي : **<< إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور>>**.

حيث ومن خلال النص ذاته نجده حدد بكل دقة حقوق الإرتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم وهي الإرتفاقات الظاهرة لا غير وخص بالذكر حق المرور الظاهر.

فمن ثم فإن الشرط المفروض لكسب حق الإرتفاق بالتقادم هو أن يكون هذا الحق ظاهرا بغض النظر إن كان مستمرا أم غير مستمر، وهو نفس موقف المشرع المصري، فنجدهما قد إستنيا الإرتفاقات غير الظاهرة ولم يجرا كسبها بالتقادم، وإن السبب في ذلك أوضحه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي.

وقد جاء بهذا الإستثناء كما يلي : **<< أنه إشترط في كسب الإرتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا حتى لا يشوب الجيازة عيب الخفاء...>>[1].**

بينما نجد المشرع الفرنسي قد أقر أحكاما أخرى تختلف عن ما إتجه إليه المشرع الجزائري وإن للمشرع الفرنسي إعتباراته.

فجاء المشرع الفرنسي في المادة 690 من القانون المدني، أنه: **<< ترتب حقوق الإرتفاق المستمرة الظاهرة بسند أو بوضع اليد >>.**

ونصت المادة 691 من نفس القانون على أن : **<<حقوق الإرتفاق المستمرة غير الظاهرة وحقوق الإرتفاق الغير مستمرة أو الغير الظاهرة لا يمكن إنشائها إلا بسند>>.**

---

[1] د/ زواوي فريدة : الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري مقارنا، رسالة الماجيستير، فيفري سنة 1987، ص 137.

وبالتالي، فالقانون الفرنسي إشترط الظهور والإستمرار لإمكان كسب حقوق الإرتفاق بالتقادم الطويل والسبب يعود إلى :

إشتراط الظهور راجع لقاعدة أن وضع اليد المؤدي لكسب بالتقادم يجب أن يكون ظاهرا لأن إستعمال حق الإرتفاق خفية لا يحقق هذا الشرط، لأنه يجب الظهور ووجود علامة تعلن عن وجود الإرتفاق حتى يسري التقادم ضد مالك العقار.

أما شرط الإستمرار، فلأن وضع اليد في حق إرتفاق الغير مستمر بالمعنى الذي إشترطه القانون وهذا تطبيقا للقاعدة أنه مجرد أعمال التسامح لا يؤسس عليها وضع اليد ولا التقادم.

فلو أجاز المشرع الفرنسي كسب حقوق الإرتفاق الغير المستمرة بالتقادم لترتب على ذلك أن المالك لا يسمح لجاره بالمرور على عقاره، وإن كانت هذه الأعمال لا تحدث له أي ضرر، لأنه قد يخشى أن يحتج عليه فيما بعد بهذه الأعمال لكسب حق الإرتفاق بالتقادم فتفسد العلاقات بين الجيران[1].

وقد إنتقد بعض الفقهاء القانون الفرنسي في إشتراطه أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا مستمرا حتى يمكن كسبه بالتقادم وقالوا أنه من الأصح أن تشمل كل الإرتفاقات ولا مبرر لهذا التعريف إلا لإعتبارات تارخية، إذ كانت عادات باريسية تمنع التقادم في كل الإرتفاقات وعادات أخرى تجيزه لكل الأنواع، فأراد المشرع الفرنسي أخذ الحكم الوسط بوضعه هذا الشرط.

<u>*/ موقف الفقه الجزائري من شروط هذا السبب</u> :

وكما سبق الذكر أعلاه يشترط في كسب حق الإرتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا (المادة 868 ق.م.ج) وبغض النظر عن أي إعتبار آخر، وهذا الحكم ينطبق مع ما ذهب إليه المشرع المصري.

ونتطرق فيما يلي إلى المقصود بشرط الظهور في القانون المدني وبالتالي ما هي الحيازة المأخوذ بها لإمكان القول بكسب حق الإرتفاق بهذا السبب، ثم نتطرق إلى مدة التقادم المعمول بها في القانون المدني.

---

[1] د/ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 665.

أولا: شرط أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا سواءا كان مستمرا أو غير مستمر لكسبه بالتقادم:

لإمكان تحديد معنى أن يكون حق الإرتفاق ظاهرا فيجب أولا أن نشرح معنى الظاهر وتمييزه من غير الظاهر.

كما سبق أن بيناه من خلال تطرقنا لأنواع حقوق الإرتفاق فإن الإرتفاق الظاهر المقصود به هو الذي تكون له علامة خارجية تدل على وجوده، أما الغير الظاهر فهو الذي ليست له هذه العلامة الدالة على وجوده فإن معظم الفقهاء يرون أن الظهور يكون حيث تكون للارتفاق له معالم ظاهرة[1].

ومعنى الظهور في حق الإرتفاق له مدلول خاص في رأي الدكتور السنهوري حسب ما نص عليه القانون الجزائري المطابق للقانون المصري، يختلف عن معنى الظهور في الحيازة وذلك لأن :

قد تكون حيازة حق الإرتفاق بالمرور ظاهرة إذا تمت مباشرته في علانية وعلى ملأ من الناس وخاصة في مواجهة مالك العقار المرتفق به.

وفي رأي الأستاذ السنهوري دائما، أن ما إشترطه القانون المدني المصري بأن يكون حق الإرتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم، فلم يكتف بظهور الحيازة بمعناه العام، فلا يجوز كسب حق الإرتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة، حتى وإن كانت حيازته ظاهرة وتباشر بطريقة علنية.

ويرجع السبب في ذلك حسب الدكتور أن المشرع المصري لما أراد مخالفة القاعدة التقليدية للتقنين الفرنسي في إشتراط الظهور والإستمرار، عدل عن شرط لإستمرار لما فيه من تكاف لامبرر له، وإستبقى شرط الظهور لكن بمعناه الخاص الضيق، وهو نفس موقف المشرع الجزائري.

وعلى ذلك، فإن الدكتور السنهوري يرى أنه فيما يتعلق بالتقادم فالمنطق يقتضي بأنه يقوم على الحيازة، ويكفي الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة دون الإعتداد بالمعنى الخاص لظهور حق الإرتفاق[2].

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ج ص 1348 وما يليها.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج ص 1349.

ونخلص إلى أن المشرع الجزائري ما دام أنه إتجه إلى تحديد معنى الظهور في حق الإرتفاق، تحديدا خاصا وأعطاه مدلولا خاصا دون الإكتفاء بالأحكام العامة للحيازة، فإن ذلك راجع لكون حق الإرتفاق ذاته يقتضي- لما فيه من الدقة ولما يتميز به من خفاء- ظهورا أوضح، مما إستوجب عدم الإكتفاء بالظهور بمعناه العام في الحيازة فثبت أنه يقصد المعنى الخاص للظهور، كما إتجه إليه معظم الفقهاء.

***/ الآثار المترتبة على توافر شرط الظهور :**

أنه إذا تحقق شرط الظهور بمعناه الخاص لحق الإرتفاق، فلا نقاش في جواز كسب الحق بالتقادم، فإذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية على حدود عقار جاره وبقي المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب هذا الحق بالتقادم، فيكسب بالتقادم حق الإرتفاق بالمطل، ذلك أن المطل إرتفاق ظاهر وعلامته هي النافذة المفتوحة على ملك الجار وهو في الوقت نفسه إرتفاق مستمر إذ لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان.

كما أنه بتحقق شرط الظهور بمعناه الخاص، فلا يشترط أن يكون حق الإرتفاق مستمرا لإمكان إكتسابه بالتقادم، كما يشترطه القانون الفرنسي إلى جانب الشرط الأول فحق المرور، وهو إرتفاق غير مستمر لأنه يحتاج في إستعماله لعمل الإنسان، يجوز كسبه بالتقادم حسب القانون الجزائري ما دام ظاهـرا، ومـا دام الطـريق الذي يباشر عليه له معالم ظاهرة.

ثانيا : حيازة حق الإرتفاق المؤدية لكسبه بالتقادم :

في الأصل الحيازة تعني وضع مادي ينجم عن سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل فعلا حقا من الحقوق ويستوي هذا في حق الملكية أو غيره من الحقوق العقارية، والسيطرة الفعلية على الشيء تكون بإستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمونه[1].

إن الشروط العامة للحيازة واحدة، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الإرتفاق، فإن كانت واقعة على حق الإرتفاق فيجب حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم أن تكون مستمرة ظاهرة، وهادئة غير غامضة.

وقد سبق أن تكلمنا بأن شرط الظهور في حق الإرتفاق له معنى خاص يختلف عن المعنى العام للظهور في الحيازة، فيتطلب القانون أن يكون لحق الإرتفاق معالم ظاهرة حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الإرتفاق بالتقادم.

ويشترط معظم الفقهاء أن يتوافر في الحيازة عنصرين المادي المعنوي ونفس الشيء ينطبق على حق الإرتفاق[2] والمهم هنا العنصر المعنوي فهذا العنصر تنتفي معه أعمال التسامح وكذا إتيان الرخصة من المباحات وهو ما سوف نتطرق له فيما يلي :

1/ أعمال التسامح :

يرى العديد من الفقهاء أعمال التسامح بشأن حيازة حق الإرتفاق أنها تنفع كثيرا، فهي أعمال تعتبر كإستعمال فعلي لحق الإرتفاق وكحيازة مادية له.

لكن صاحب العقار المرتفق به لا يعتبر ذلك بمثابة تعد على عقاره، بل يكون قد رخص لجاره القيام بها ترخيصا صريحا أو ضمنيا بالسكوت عنها، فيكون هذا تسامحا منه نحو جاره ومحافظة منه على حسن الجوار.

فهاته الأعمال أباحها القانون ويكون هذا العمل إعتداءا على حقوق الغير لأن الحيازة هنا تجردت من عنصرها المعنوي وهو عنصر القصد، ولذلك لا تقوم، ومن ثم لا تؤدي إلى كسب حق الإرتفاق بالتقادم[1].

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 1349 وما يليها.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع نفسه، ج 09، ص 1349 وما يليها.

[1] د/ زهدي يكن، (الملكية العينية الأصلية علما وعملا)، المرجع السابق، ص 224.

فإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام، لكن صاحبها مر في أرض الجار، نظرا لقرب مسافة الطريق العام، وثبت أن الجار سمح لجاره المرور على أرضه على سبيل التسامح فقط، فعند إذ تكون حيازة الجار لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي ولا يستطيع إكتساب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر بأرض جاره مدة 15 سنة أو أكثر.

أما قضاء المحكمة العليا فجاء بقرار في هذا الإطار تحت رقم 181874 مؤرخ في 1998/10/28 تضمن "من المقرر قانونا أنه ينشئ حق الإرتفاق الموقع الطبيعي للأماكن أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

ولما ثبت في قضية الحال أن المدعى عليه لم يثبت إكتسابه لحق المرور لابعقد شرعي ولا بالميراث ولا بالتقادم حتى ولو تبين أن والد المستأنف إستعمل الممر المتنازع عليه دون تحديد لمدة الإستعمال فإن ذلك لا يعدو أن يكون على سبيل التسامح ولا يصلح أن يكون وقائع يحتج بها للمطالبة بإكتساب حق المرور بالتقادم، ومتى كان الأمر كذلك، إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[(2)].

2- <u>الرخصة من المباحات</u> :

لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحث وليس لأحد منعه منها فهو في إثباتها لم يجز أي حق إرتفاق ولو حيازة مادية، ولم يتوافر لديه أيضا قصد إستعمال حق الإرتفاق.

فلا تقوم الحيازة بإثبات هذه الرخصة لتخلف ركنيها المادي والمعني، بينما أعمال التسامح يتوافر ركنها المادي.

فالرخص لا تتضمن في الواقع أي إعتداء على حق الغير ولذلك لا تعد من قبل وضع اليد لأن وضع اليد الذي يؤدي لكسب الحق هو المقرون بالإعتداء.

<u>ومثاله</u> : إذا فتح شخص مطلا مستوفيا لقيد المسافة فهو يستعمل رخصة في حدودها القانونية وبالتالي يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائط في حدود ملكه، لأن صاحب المطل لم يكسب حق الإرتفاق قبل جاره بفتحه المطل بل إستعمل رخصة فقط.

---

(2) المجلة القضائية، ديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999، عدد 1، ص 76.

وإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه على سبيل التسامح، أو إستعمل مجرد رخصة من المباحث هذا ويجب التذكير أنه من الممكن أن تتحول الرخصة أو أعمال التسامح إلى حيازة صحيحة تتوافر فيها كافة عناصرها فتتغير صفتها.

<u>ثالثا : المدة القانونية اللازمة لإكتساب حق الإرتفاق بالتقادم</u>

إن المدة القانونية لإكتساب الإرتفاق بالتقادم في القانون المدني الجزائري هي نفس المدة اللازمة لكسب الملكية، ذلك أن المشرع الجزائري لم يفرض أحكام خاصة ضمن أحكام حق الإرتفاق تتعلق بكيفية إكتاسبه بالتقادم بل أنه وأثناء تناوله لطرق إكتساب الملكية في الفصل الخاص بهذا الجانب من الباب الثاني من الكتاب الثالث أورد أحكام التقادم المكسب إبتداءا من المادة 827 من القانون المدني[1].

وقد جاء في رسالة الدكتورة زواوي فريدة، أن المشرع الجزائري **<<**قد إستثنى حقوق الإرتفاق الظاهرة أنها تكتسب بالتقادم الطويل فقط**>>**[2].

---

[1] المادة 827 ق.م " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع".

[2] د/ زواوي فريدة : رسالة الماجيستير الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 169.

وفي رأينا أن هذا الحكم مخالف لما جاء في مضمون المادتين 827 و828 من القانون المدني، لكونهما يشيران لكافة الحقوق العينية العقارية.

ومن هنا فإن أحكام التقادم المكسب المطبقة بشأن حق الملكية في القانون المدني الجزائري، تنصرف لتنطبق على أحكام حق الإرتفاق وإن المشرع خص بالذكر حول مدة التقادم المكسب للحقوق العينية العقارية على مدتين إثنتين تتناولهما أحكام المادتين 827 و828 على التوالي والمدة الأولى هي 15 سنة والثانية 10 سنوات ولكل حالة من الحالتين أحكام وشروط إنطباقها.

<u>*/ إكتساب حقوق الإرتفاق بالتقادم الطويل والقصير في القانون الجزائري</u> :

لقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه: **<< من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع>>.**

وحسب نص هذه المادة يقصد بها التقادم الطويل الذي يكون بحيازة تدوم 15 سنة.

أما المادة 828 فهي تخص التقادم القصير، ومدته 10 سنوات بشرط إقتران الحيازة بحسن النية ووجود سند صحيح كما يشترط إضافة إلى ذلك ضرورة إشهار السند المستند إليه لحيازة الحق المكتسب بالتقادم، وشرط الإشهار هذا مطلوب في كافة الحقوق العقارية حسب المادة 793 من القانون المدني.

والمثال على ذلك أنه إذا كان حائز العقار المرتفق به لايملكه ورتب عليه حق إرتفاق بالمطل أو بالمرور بموجب إتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق فهـذا الأخير لا يملك حق الإرتفاق بهذا الإتفاق لأنه صادر من غير المالك غير أنه إذا كان حسن النية بأن يعتقد انه تعاقد مع مالك وحاز الحق حيازة مستوفية لعناصرها وشروطها، وكان الحق ظاهرا ودامت حيازته 10 سنوات، فإنه يمتلك حق الإرتفاق بالتقادم القصير.

ويختلف القانونان الجزائري والمصري في تحديد مدة التقادم القصير، وهي في القانون الجزائري 10 سنوات وفي القانون المصري 05 سنوات.

أما القانون الفرنسي فهو يعتمد على التقادم الطويل لكسب حق الإرتفاق، إذ نصت المادة 690 على " حقوق الإرتفاق المستمرة الظاهرة تكتسب بالتقادم مدة ثلاثين سنة ".

فمعظم الفقهاء الفرنسيين يقولون أنه مادام المشرع قد حدد حقوق الإرتفاق ولم يعتمد على مدة التقادم القصير الذي هو في القانون الفرنسي مدته 10 سنوات، وكذا 20 سنة، فلا يمكن القول بإكتساب حقوق الإرتفاق بالتقادم القصير[1].

الفرع الثالث

التخصيص من المالك الأصلي

الأصل أنه إذا كان لمالك واحد عدة عقارات فلا يكون لها قانونا حقوق إرتفاق بعضها على البعض وهذا تطبيقا للقاعدة اللاتينية وهي : Nemini res sua Servi

وبالفرنسية: Personne n’a de Servitude sur sa propriété

لكن يرد على هذه القاعدة إستثناء وهو : أن المالك لهاته العقارات المتعددة يرتب عليها حقوق إرتفاق فلا توجد هاته الحقوق إلا إذا إنفصلت ملكيتها وهو المعروف بتخصيص المالك الأصلي وإن هذا الإستثناء نص عليه المشرع الجزائري في المادة 869 من القانون المدني التي جاء فيها أنه **: <<يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بتخصيص من المالك الأصلي- يكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن، العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقار إلى ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما عند الإرتفاق مرتبين بين العقارين، بهما وعليهما مالم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك>>.**

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج09، ص 1348 وما يليها.

***/ أهمية التخصيص من المالك الأصلي في ترتيب حق الإرتفاق :**

أن حق الإرتفاق الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين وقد جعل أحدهما لفائدة الآخر وجعل لهذه الخدمة علامـة ظاهرة، إلى حد لا يمكن أن يقوم حق الإرتفاق، لأن العقاران مملوكان لشخص واحد.

غير أنه إذا أصبح العقاران مملوكان لمالكين مختلفين مع بقائهما على نفس الوضع، فالمفروض على مالكيهما الجدد بإستبقائهما على حالهما أراد إبراز حق الإرتفاق إلى الوجود بعدما كان كامنا في الوضع السابق للعقارين وكان يعطل ظهوره، أن كلا العقارين لمالك واحد فينشأ حق الإرتفاق من وقت إختلاف المالكين.

ومثاله : إذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرضية فضاء مجاورة للمنزل وقد عبد طريقا، في هاته الأرض ليمر منه سكان المنزل، للوصول إلى الطريق العام وحدد معالم الطريق بعلامات ظاهرة فيكون قد خصص الأرض لخدمة المنزل فإذا باع الأرض وهي على هذا الوضع بالنسبة للمنزل فإن المشتري بإرتضائه الشراء دون أن يعترف، يكون قد إرتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود ضمنا حق إرتفاق بالمرور الذي كان كامنا، وقد نشأ هذا الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي[1].

***/ أساس قيام التخصيص من المالك الأصلي:**

ينشأ الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي بموجب اتفاق ضمني بين المالكين المختلفين للعقارين، فأساس قيام حق الإرتفاق هو هذا الإتفاق الضمني الذي هو ليس إلا عقدا أي تصرف قانوني.

***/ الشروط الواجب توفيرها لترتيب الإرتفاق بتخصيص من المالك الأصلي :**

من خلال نص المادة 869 من القانون المدني فإنه يستلزم لتطبيق هذا السبب في ترتيب حق الإرتفاق أن تتوافر شروطا هامة نحددها فيما يلي:

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09، ص 1336.

1- عقارين منفصلين حالا كانا مملوكين لمالك واحد :

غاية هذا الشرط هو أن يكون المالك الواحد للعقارين المنفصلين – إذ ليس بالضروري أن يكون هذان العقاران متلاصقين - لكن المالك مع ذلك هيأ أحدهما لخدمة الآخر للمرور مثلا، وإن كان التلاصق يغلب وجوده.

كما يصح أن تترتب حقوق الإرتفاق بتخصيص المالك على أجزاء نفس العقار الواحد إذا أصبحت مملوكة لأكثر من مالك، فهيأ مالك العقار في الأصل أحد القسمين لخدمة القسم الآخر[1].

غير أن نص القانون واضح في أنه ذكر الإرتفاقات المرتبة بتخصيص المالك الأصلي على عقارين منفصلين، والظاهر أن المشرع يتكلم عن الحالة العادية، لأن العقار الواحد يمكن أن يتجزأ فيصبح أكثر من عقار، وإنفصال العقارات أو تجزئة العقار الواحد يحدث عادة بناءا على إنتقال إختياري أو قسمة أو بالتقادم المكسب أو رسو المزاد العلني في البيع الجبري.

2- أن يكون التخصيص أو الوضع القائم من إنشاء المالك الأصلي للعقارين :

يشرط أيضا أنه يجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذي أنشأ الوضع الفعلي القائم أو على الأقل أن يكون قد استبقى عليه كما هو عليه بعد أن تلقاه قائما، وهذا الفرض يتضح فيما إذا كان عقارين مملوكين لمالكين مختلفين وكان لأحدهما حق إرتفاق على آخر، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد، فزال حق الإرتفاق بإتحاذ الذمة ومع ذلك إستبقى المالك الجديد الوضع الفعلي للإرتفاق قائما كما كان.

***/ وينتج عن هذا الشرط بعض الحالات الآتية :**

أ) فإن كان من أنشأ الوضع الفعلي ليس المالك أو نائبه بل أحد المستأجرين للعقار أو صاحب حق إنتفاع على كل منهما فذلك ليس بتخصيص المالك الأصلي لأنه للمالك الأصلي وحده إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق إرتفاق على أحد العقارين لفائدة الآخر لأنه يمثله مصلحتها معا.

---

[1] د/ محمد كمال مرسي باشا : المرجع السابق، ص 674.

ب) وإذا كان من أنشأ الوضع الفعلي هو المالك لأحدهم أو كلاهما لكن بسبب قابل للفسخ أو الإبطال، ثم فسخت ملكية أو أبطلت، فالأثر الرجعي لزوال ملكيته بجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معا وقت إنشائه الوضع الفعلي ولا يعتد به.

ج) عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين، وكان كلاهما أنشأ الوضع الفعلي القائم فلا يعتد به وقتما كانا على الشيوع لأنه لم ينشأ الوضع القائم لمالك واحد للعقارين معا، لأن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا الشريكين غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت إنشاء الوضع الفعلي[1].

3- وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي (الإرتفاق الظاهر) :

تنص الفقرة الأولى من المادة 869 القانون المدني كانت صريحة وواضحة بأن نصت **<< يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي>>،** فيشترط في إكتساب حق الإرتفـاق بهذا السبب أن يكون إرتفاقا ظاهرا، أي أن تكون له علامة ظاهرة كما جاء في الفقرة 2 من نفس المادة 869 من القانون المدني أن : **<<ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين .. أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة.. >>.**

ومثالها كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر، فتكون النافذة علامة ظاهرة على الإرتفاق بالمطل.

ومثالها : تعبييد وتحديد معالم الطريق للمرور.

ويشترط في هاته العلامة الظاهرة أن تبقى إلى وقت أن يمتلك العقارين مالكين آخرين، فيجب بقاء العلامة إلى حين إنشاء حق الإرتفاق قانونا، بأن يمتلك العقاران مالكين آخران وذلك لأن أساس هذا السبب لترتيب حق الإرتفاق هو وجود إتفاق ضمني بين المالكين لإنشاء هذا الحق لأن العلامة الظاهرة هي الشاهدة على وجود هذا الإرتفاق على عقاره، بأن رأى العلامة الظاهرة وإستخلص من ظهورها مغزاها ولم يعترض، فيجب بقاء هذه العلامة إلى وقت إنتقال ملكية العقار المرتفق به إلى المالك الجديد.

4- أن يصير كلا العقاران مملوكين لمالكين مختلفين :

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ، ص 1341 وما يليها.

فبعد أن كان العقاران مملوكين لمالك واحد، وصارا مملوكين لمالكين مختلفين، ينشأ الإرتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي، وقد رضي بهذا التخصيص المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدا معه، والرضاء هنا ضمني، لأن أحدهما لم يعترض على هذا التخصيص رغم ظهوره ورغم أن المقصود منه إنشاء حق الإرتفاق[1].

فحق الإرتفاق بتخصيص المالك الأصلي ينشأ إذا إنتقلت ملكية أحد العقارين لشخص أو لشخصين مختلفين غير المالك الأصلي وبأي سبب من الأسباب إنتقالها، فيجوز إنتقالها بعقود المعاوضة (البيع المقايضة) أو التبرع (الهبة الوصية).

كما يصير العقارين مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي وإقتسم الورثة تركته.

5 – عدم وجود إتفاق صريح يقضي باستبعاد قيام هذا الحق :

لقد جاء في آخر الفقرة 2 من المادة 869 من القانون المدني الجزائري أنه: **<< ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك>>.**

والشرط الصريح الذي يقضي بعدم نشوء حق الإرتفاق يكون موجودا في السند الذي جعل العقارين مملوكين لمالكين مختلفين، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو غيرها من الأسباب.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ، ص 1346.

المطلب الثاني
إستعمال حقوق الإرتفاق

نهدف من خلال هذا المطلب إلى التطرق لأهم أحكام إستعمال حق الإرتفاق التي تضمنها المشرع الجزائري في العديد من نصوص القانون المدني، ابتداءا من المادة 871 منه وإلى غاية المادة 877، والتي لم يختلف كثيرا فيها عما جاء به المشرع المصري.

يبدو من حجم هاته النصوص والدقة التي أولاها لها المشرع الجزائري لحقوق الإرتفاق، أن ذلك يرجع لمدى أهمية تنظيم أحكام الإستعمال، فبين الأحكام الخاصة بكل من مالك العقار المرتفق والأحكام المتعلقة بمالك العقار المرتفق به وذلك كله يعود لأهمية حق الإرتفاق ذاته بإعتباره من الحقوق العينية الواردة على عقار الملتصقة والتابعة دائما لحق الملكية.

بالتالي، نسعى من خلال هذا المطلب أن نلم بأهم أحكام الإستعمال ومن أجله نقسم المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية إتباعا بنفس التدرج الوارد في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول
نطاق حق الارتفاق

الأصل في تحديد هذا النطاق، جاء به نص المادة 871 من القانون المدني ينص على مايلي: **<< تخضع حقوق الإرتفاق للقواعد المقررة في سند تأسيسها، ولما جرى به عرف الجهة، وللأحكام التالية>>.**

إن نطاق حق الإرتفاق يتحدد بالسند والسبب الذي أنشأ أو أسس حق الإرتفاق، فإليه يرجع لمعرفة ما يخوله الإرتفاق من حقوق لمالك العقار المقرر له الإرتفاق وما يفرضه من تكاليف يتحملها مالك العقار المقرر عليه الإرتفاق [1].

---

[1] د/ زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المرجع السابق، ص225.

فتحديد مدى حق الإرتفاق يقصد به بيان الأعمال التي يحق لمالك العقار المرتفق أن يقوم بها، فما ورد في العقد أو الوصية بشأن الإرتفاق يجب إتباعه، لأن الإرادة هنا هي مصدر الإرتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده، وللقاضي سلطة تفسير إرادة المتصرف بخصوص ظروف التصرف ووضع الأماكن وحيازة الإرتفاق.

وإذ كان قد تم كسب حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يكسب في نطاق الحيازة التي أكدت الإرتفاق بالتقادم، وفي ذلك تطبيقا لقاعدة في الشرع الإسلامي معروفة وهي: **<< الأصل بقاء ما كان على ما كان >>**[1]، فنطاق الحق يتحدد بحسب ما وردت عليه الحيازة، فيحدد نوع الإتفاق ومداه وفقا لإرادة المالك التي تستفاد من الحالة الواقعية التي أقامها في هذا الشأن[2].

هذا وإن نفس المادة السابقة تؤكد على أنه إلى جانب كل ذلك فتجب مراعاة عرف الجهة وذلك دون أن يكون هناك أي تعارض مع التقادم.

كما يشمل حق الارتفاق ما يعتبر من مسلتزماته أي ما يكون ضروريا لاستعماله، فالارتفاق باغتراف المياه من عين الغير، يتضمن بالضرورة حق المرور في هذه الأرض التي تقع فيها العين.

والارتفاق بالشرف قد يتضمن حق المجرى لتوصيل المياه إلى الأرض المرتفقة[3] .

<u>الأحكام القانونية المكملة للأصل</u> : فبالنظر لما جاء في آخر المادة 871 من القانون المدني: **<< ....تخضع حقوق الإرتفاق.. وللأحكام التالية... >>.**

فإن القانون بخلاف القاعدة التي نص عليها في المادة 871 من القانون المدني، أورد أحكاما مكملة فيما يتعارض مع الأصل، والتي نوردها بتقسيمها لقسمين جانب خاص بالمركز القانوني لماك العقار المرتفق، وجانب آخر خاص بالمركز القانوني لمالك العقار المرتفق به، ونخصص لكل منها فرع نظرا لأهميتها.

الفرع الثاني

[1] مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، المادة 05.

[2] د/ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 978 .

[3] د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 310.

المركز القانوني لمالك العقار المرتفق

نتطرق في هذا الفرع إلى كل منه حقوق مالك العقار المرتفق من جهة وواجباته من جهة ثانية.

وبالرجوع لنصوص القانون المدني في هذا الشأن وهي المواد 872 و 874 و 876 نجدها منحت لمالك العقار المرتفق حقوقا، وفرضت عليه واجبات لا يجوز له تجاوزها.

<u>أولا : أهم الحقوق :</u>

<u>1/ حق استعمال الارتفاق :</u>

الحق في إستعمال الإرتفاق يقتضي هذا الحق أنه يكون لمالك العقار المقرر له الإرتفاق الحق في إستعمال العقار المقرر عليه هذا الحق ويتمثل هذا الإستعمال في الخدمة المقررة لعقاره سواءا كانت إيجابية أم سلبية وذلك بحسب طبيعة الإرتفاق أو مضمونه وبحسب ما تضمنه سند تأسيسه وكذا ما يجري به العرف، وذلك كما جاءت به المادة 871 من القانون المدني السالف بيانها.

وإن هذا الحق تضمنه الشطر الأول من نص المادة 872 من القانون المدني إذ نص على: **<< لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لإستعمال حقه في الإرتفاق ويحفظه>>.**

فإن المشرع منح مبدئيا الحق لمالك العقار المرتفق لإستعمال حقه في الإرتفاق ومنحه الوسيلة ليتمكن من الإستفادة من هذا الإستعمال، والمطلوب منه أن يجري ما هو ضروري من الأعمال، وإن هذه الوسيلة تشكل رخصة منحها القانون.

<u>2/ رخصة القيام بالأعمال الضرورية :</u>

إن ما جاءت به المادة 872 من القانون المدني التي ترخص لمالك العقار المرتفق القيام ببعض الأعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق، وامتثالا لنص المادة نفسها الذي تضمن هاته الوسيلة أو الرخصة، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق أن يجري على العقار المقرر عليه الإرتفاق الأعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقه وللمحافظة عليه، ذلك أن إجرائه أعمالا على عقاره المملوك له لا يحتاج إلى نص

خاص أو تقرير بذلك، ومن ثم تدخل المشرع ومنحه رخصة في إمكانية التدخل للقيام بهذه الأعمال الضرورية لاستعمال حقه.

فمن تقرر له حق المرور يجوز له أن يعبد الطريق المعد للمرور، وعلى مالك العقار المقرر عليه الإرتفاق أن يتحمل هذه الأعمال.

ويؤكد الفقهاء أنه ليس لمالك العقار المرتفق به أن يشكو من المضايقة لأنه من طبيعة الإرتفاق المضايقة، فلا يكون صاحب العقار مسؤولا بتعويض مالك العقار المرتفق به، عن ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات، لأنه لم يفعل أكثر من استعمال حقه في حدود القانون ما لم يقع من المالك خطأ في إجراء هذه الأعمال يترتب عليه ضرر بمالك العقار المرتفق به[1].

إلا أن أهم ما يتشرط في هذه الأعمال أن تكون ضرورية لاستعمال الحق ولازمة للمحافظة عليه، فلا يكفي أن تكون فيها زيادة الإنتفاع في الإرتفاق أو تسهيل استعماله.

ومسألة الضرورة : هي مسألة تقديرية يقدرها القاضي بعد استعانته بأهل الخبرة.

هذا وأن حق استعمال مالك العقار المرتفق لحقه على النحو السالف بيانه يقتضي التزامه بواجبات معينة نص عليها نص المادة 872 من القانون المدني في شقها الثاني وكذا المادة 874 فقرة 1 من نفس القانون وهو ما سنبينه لاحقا في فقرة الالتزامات والواجبات.

3/ الدعاوى المخولة له في حالة المساس بحقه :

عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته فإنه يخول لمالك العقار المرتفق استعمال بعض الدعاوي لحماية الحق العيني (الارتفاق) والتي هي نفس وسائل الحماية المنصوص عليها في القواعد العامة بصدد حق الملكية وأهمها :

---

[1] د/ زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملاء، المرجع السابق، ص 279.

أ/ دعوى الإقرار الارتفاق (action confessoire de servitude) :

وهي دعوى عينية يطالب فيها مالك العقار المرتفق من مالك العقار المرتفق به أو من أي حائز لهذا العقار، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق ويقدم كإثبات لدعواه إحدى الطرق التي يكسب بها حق الارتفاق، وتقابل هذه الدعوى دعوى الاستحقاق في الملكية (action en revendication) إذ يطالب المدعي في هذه الدعوى تمكينه من استعمال حق ارتفاقه كما يطلب المدعي في دعوى الملكية تسليمه العين محل الحق، كما يجوز للمدعي أن يطلب هدم المنشآت المقامة مخالفة لحق الارتفاق، كإزالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء، وكذا الحكم بغرامة تهديدية.

ب/ دعاوي الحيازة :

يمكن لمالك العقار المرتفق استعمال دعاوي الحيازة لحماية حيازة حق الارتفاق وتتمثل هذه الدعاوي في :

فله ابتداءا استعمال دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة لكن في القانون الجزائري يتشرط شرط واحد وهو أن يكون الارتفاق ظاهرا، لأنه كما سلف أن بيناه، الارتفاقات الظاهرة وحدها يمكن كسبها بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي، عكس القانون الفرنسي الذي يؤكد ضرورة تلازم الظهور والاستمرار.

أما بشأن دعوى استرداد الحيازة، فيرى الفقيه السنهوري أن لا مانع من اللجوء إليها في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن أي عمل من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازة له، ومثله حق المرور إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه الحق.

إذ يجوز هنا لصاحب الارتفاق اللجوء لدعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بالتعدي[1].

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09، ص 1379.

ثانيا : الالتزامات والواجبات العينية

1/ الإلتزام بعدم تجاوز مالك العقار المرتفق حدود الإرتفاق (قاعدة ثبات حق الإرتفاق):

إن هذا الواجب نص عليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 872 من القانون المدني وبالتحديد في آخر عبارة فقد جاء:**<<...ولا يجوز أن يترتب على ما يوجد (يجّد) من حاجات العقار المرتفق، أي زيادة في عبء الإرتفاق >>**.

فمن خلال المقارنة بين النصين العربي والفرنسي للمادة، إذ جاء النص الفرنسي كما يلي: « les besoins nouveaux du fonds dominatrice ne peuvent entraîner aucune aggravation de la servitude »

ويظهر لنا خطأ هام وارد في النص العربي الذي جاء بعبارة <<**على ما يوجد من حاجات للعقار المرتفق ...>>.**

وإن في ذلك خلط للمعنى الصحيح للكلمة ولايؤدي حتما إلى المعنى المقصود من طرف المشرع.

وإن الصياغة بالنص الفرنسي واضحة ووردت بعبارة " Les Besoins Nouveaux" وترجمتها الصحيحة تكون كما يلي: **<<.. على ما يجّد من حاجات>>** وهاته الترجمة هي التي تؤدي إلى المعنى السليم للنص، فإن كل ما يجد من حاجات أي بمعنى كل حاجة جديدة بخلاف الحاجة الأصلية التي أنشأ من أجلها حق الإرتفاق[1].

وإن هذا الإلتزام غايته كما نصت عليه المادة بأن مالك العقار المرتفق ليس له إلا إستعمال حق الإرتفاق كما جاء في سند تأسيسه ولا يكون له الحق في أن يحدث على العقار المرتفق به أي زيادة في عين الإرتفاق، فهذا الواجب يشترط عدم تجاوز حدود الإرتفاق لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق إذ المجاوزة في حد ذاتها إخلال بالإلتزام.

أ) فمن حيث العقار لايحق لمالك العقار المرتفق أن يتجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر كما لا يجوز له إستفاء حاجات عقاره من غير العقار المرتفق به نفسه، وفي كلا الحالتين يعد ذلك تجاوزا لحدود الإرتفاق.

---

[1] د/ علي علي سليمان : المرجع السابق، ص 181.

ب) أما من حيث مضمون الحق، فبالرجوع للشطر الأخير من المادة : **<< ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الإرتفاق>>.**

<u>ومن أمثلته</u> : إذا تقرر حق إرتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكن، ثم إستعمل جانبا من هذا المنزل ناديا أو عيادة، فلا يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المنزل بسبب وجود النادي أو العيادة أية زيادة في عبىء الإرتفاق، ويجب في هذه الحالة الإقتصار في حق المرور على ما كان عليه من قبل، أو الإتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما يستجد من الحاجيات.

<u>2/ الإلتزام بألا يسيء إستعمال حق الإرتفاق</u> :

إذ يجب على مالك العقار المرتفق إستعمال حقه على الوجة الذي لا ينشىء عليه إلا أقل ضرر ممكن فإذا إستعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق أي ضرر كان يمكن تجنبه لو أنه إستعمله على وجه أخر تتحقق مسؤوليته وهنا تكون المسؤولية عينية لا شخصية[1].

أما إذا كان هناك خطأ إقتضى إجراء هذه الأعمال فإن نفقتها تكون على من إرتكب الخطأ والإلتزام بدفعها هو إلتزام شخصي لاعيني.

إذ نصت المادة 872 الشطر الثاني منها على هذا الإلتزام كما يلي:**<<..ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عليه أخف الضرر للعقار المرتفق به...>>.**

فإن المشرع الجزائري أقام هذا الإلتزام على عاتق مالك العقار المرتفق، ويشترط وقوع الضرر على عكس الإلتزام بعدم تجاوز حدود الارتفاق الذي لا يشترط فيه ذلك، وغايته أنه : يجب على مالك العقار المرتفق أن يتسعمل حقه في الإرتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن.

<u>3/ الإلتزام بتحمل نفقة الأعمال اللازمة لحق الإرتفاق والمحافظة عليه</u> :

---

[1] د/ عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 333.

بالنظر للمادة 874 فقرة 1 من القانون المدني، فإن الأصل أو القاعدة تقتضيان أن نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه على مالك العقار المرتفق لأنه هو من يستفيد من حق الارتفاق فيجب عليه تحمل نفقاتها.

كما يتحمل نفقات المحافظة على الاتفاق حتى ولو كانت النفقات اقتضى إجرائها عيب في العقار المرتفق به أو تغيير محل الارتفاق بسبب تعديل في وضع الأشياء طالما بادر هو بهذه الاصلاحات بإجراء الأعمال الضرورية لإمكان استعمال حقه.

أما إذا كانت هذه الأعمال قد اقتضى إجرائها خطأ سواءا من جانب مالك العقار المرتفق أو من جانب لك العقار المرتفق به، فمن يتحمل نفقة هذه الأعمال هو من ارتكب الخطأ.

هذا واستنادا لما تضمنه نص المادة 874 الفقرة 1 في الآخر وهي عبارة:" ... ما لم يشترط خلاف ذلك..." فإن القاعدة ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها بأن تكون نفقة الأعمال على عاتق مالك العقار المرتفق به.

الفرع الثالث

مركز مالك العقار المرتفق به

أهم ما نتناوله من خلال هذا الفرع هي مختلف الالتزامات والواجبات المفروضة على مالك العقار المرتفق به والاستثناءات الواردة عليها، ولكن نود قبل ذلك التطرق لأهم الدعاوي المخول له استعمالها عند إخلال مالك العقار المرتفق بالتزاماته.

أولا: الدعاوي المخول له استعمالها:

إن إخلال مالك العقار المرتفق بالتزاماته كتجاوز حدود ارتفاقه أو اساءته استعماله- كما سلف بيانها

- فإن لمالك العقار المرتفق به حق استعمال بعض الدعاوي للمحافظة على حقوقه وتتمثل في:

1/ دعوى إنكار حق الارتفاق:

كما سبق ذكره بشأن العقار المرتفق أن له دعوى عينية هي الإقرار بحق الارتفاق على العقار المرتفق به، فإن لمالك العقار الذي يدعي الغير أن له عليه حق الارتفاق دعوى عينية أيضا وهي دعوى إنكار حق الارتفاق، بأن عقاره خال من هذا التكليف.

إذ يكفي في هذه الدعوى أن يثبت المدعي مالك العقار ملكيته للعقار، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق، ذلك لأن المفروض أن الملكية خالية من أي تكليف يثقلها، ما لم يثبت من يدعي وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف.

كما يجوز رفع هذه الدعاوي، ليس للمطالبة بالحكم أن العقار خال من حق الارتفاق أصلا، بل أيضا للمطالبة بانتقال حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود.

2/ دعاوي الحيازة :

يخول لمالك العقار المرتفق به أيضا استعمال دعاوي الحيازة، بصفته حائز متى توافرت شروطها، ليحمي حيازته للعقار المملوك له ممن يدعي أن له حق ارتفاق عليه.

ويتعلق الأمر بدعويان خاصة:

- دعوى منع التعرض للعقار.
- دعوى الاسترداد عند حصول التعدي.

ثانيا : الإلتزامات السلبية العينية لمالك العقار المرتفق به

يتفق الغالبية من الفقهاء أن واجبات مالك العقار المرتفق به وإلتزاماته ليست إلا واجبات سلبية محضة أي أنه ملزم بإلتزام سلبي فقط وهو الإمتناع عن مباشرة الأعمال المنافية لحق الإرتفاق، وهو أي عمل يؤدي للإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق وجعله أكثر مشقة وهو إلتزام عيني يُحمِلُ مالكه، بحيث لو أخل به وأتى عملا يؤدي للإنتقاص من إستعمال الإرتفاق يلزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه ، ويشكل ذلك جزاءا مقابل إخلاله بالالتزام العيني[1].

وإذا كان المشرع الجزائري عند تطرقه لها أخذ بهاته القاعدة بنصه على عدم الجواز وعدم إلتزام مالك العقار المرتفق به إلا بالإمتناع عن الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق.

غير أنه نص على إستثناءات أهمها ما جاء في المادة 873 من القانون المدني بشأن مباشرته أعمالا إضافية يقتضيها الإستعمال أو دفع نفقات الأعمال اللازمة للإستعمال وهي كلها إلتزامات إيجابية على عاتق مالك العقار الرتفق به، وإذا كنا قد تكلمنا فيما سبق عن مسألة دفع النفقات عند التطرق لواجبات مالك العقار المرتفق.

فإننا حاليا نتطرق بالإشارة إلى القاعدة التي تتمثل في الإلتزام السلبي الواقع على عاتق مالك العقار المرتفق به، ثم نتطرق إلى بعض الإلتزامات الإيجابية لما تشكله من إستثناء على الأصل.

---

[1] د/ عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 334.

<u>*/ الإلتزام بامتناع مالك العقار المرتفق به عن أي عمل يعوق إستعمال حق الإرتفاق:</u>

لقد نصت المادة 875 /1 من القانون المدني على ما يلي: **<<لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاقا، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الوضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر... >>.**

أنه بالفعل فإن المشرع الجزائري جسد القاعدة الفقهية السالف بيانها من خلال قراءة الفقرة الأولى من المادة 875 من القانون المدني، بحيث لم ينص ضمنها بخصوص واجبات وإلتزامات مالك العقار المرتفق به إلا على إلتزامات سلبية محضة، وتعتبر بالتالي كإلتزامات عينية.

والغاية من ذلك هي أن حق الإرتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله وكل ما يطلب من هذا الأخير الإمتناع عن أي عمل يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أوجعله أكثر مشقة، فإذا أخل بهذا الواجب السلبي منع من ذلك وأجبر على التعويض إن كان له سبب[1].

<u>أما القضاء الجزائري</u> : فقد سار في نفس النطاق من خلال قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 1997/04/30 رقم 148546 جاء فيه ما يلي :"من المقرر قانونا أن الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص أخر، ومن المقرر أيضا أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاق، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع أخر، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد مخالفة للقانون..."[2].

---

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09، ص 1372.

(2) المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة 1997، العدد1، ص 187.

ثالثا : الالتزامات الإيجابية الواردة كاستثناءات

بالفعل ترد عدة إستثناءات على قيام قاعدة الإلتزام السلبي المتمثل في إمتناع مالك العقار المرتفق به عن أي عمل يعوق إستعمال حق الإرتفاق وهي تمثل إلتزامات إيجابية ويكون هذا العمل في جميع الأحوال عملا إضافيا ينزل من إستعمال حق الإرتفاق منزلة التابع من المتبوع، وتتمثل في الإلتزامات الثلاث الآتية :

1/ تحمل ومساهمة مالك العقار المرتفق به في النفقات حسب المادة 874 :

لقد نصت الفقرة 2 من نص المادة : 874 القانون المدني على أن : **<<** وإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك المنشآت على نفقته جاز له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق>>.

فحسب هذه الفقرة يتبين مدى إمكانية جعل هاته النفقات على عاتق مالك العقار المرتفق به ويكون ذلك طبعا بحصول الإتفاق على ذلك، أن الإلتزام الواقع على عاتق مالك العقار المرتفق به هو إلتزام عيني، ونظرا لعبء هذا التكليف، فإن المشرع منح بمقتضى نفس الفقرة من المادة 874 من القانون المدني إمكانية التخلص من هذا العبء، وذلك بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق، ويكون بنوعين هما:

1. التخلي الكلي وصورته أن يكون حق الإرتفاق منصبا على كل العقار المرتفق به كالإرتفاق بإستخراج الأحجار من محجر.
2. التخلي الجزئي بالتخلي عن الجهة فقط التي يباشر فيها حق الإرتفاق.

وقد جاء المشرع الجزائري بالفقرة 3 من المادة 874 من القانون المدني إذ نص على:<< **وإذا كانت المنشآت نافعـة أيضا لمالك العقار المرتفق به، كانت نفقة لا لصيانة على الطرفين بنسبة ما يعود على كل منهما من الفائدة >>.**

ومثالها : الإرتفاق بالمرور ويكون الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضا مالك العقار المرتفق به، ويعود عليه من المرور فيه قدر متساوي وللفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق، كانت نفقة الصيانة مناصفة بين المالكين.

وإن الإلتزام بمساهمة مالك العقار المرتفق به، ليس إلتزاما عينيا كما هو الأمر حين وجود إتفاق خاص، بل أن طبيعته تحدد لأن ينتفع بالأعمال إنتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما إنتفع به ولا يمنح له إمكانية التخلي بأن يتخاص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به، وتلك هي طبيعة كلا الجزائين حسب رأي الدكتور السنهوري[1].

<u>2/ الإلتزام الإيجابي بالقيام بعمل إضافي يقتضيه إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف</u> :

تنص المادة 873 من القانون المدني على: **<< لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك>>.**

فعلى أساس هذه المادة يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي، لا يكون هو أصل مضمون الإرتفاق، بل يكون عملا إضافيا تابعا له ويقتضيه إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف.

فيجوز أن يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذي يستعمل فيه حق الإرتفاق بالمرور وينتقل هذا الإلتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه في العقار.

<u>3/ إمكانية نقل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق</u> :

نص المشرع الجزائري صراحة على هاته الإمكانية في المادة 875 الفقرة 2 من القانون المدني على: **<< غير أنه إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق أو أصبح الإرتفاق مانعا من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو على عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذت متى كان إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسورا به في وضعه السابق>>**

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج09 ص 1321.

الأصل أنه لا يجوز لمالك العقار المترفق به أن يغير من تلقاء نفسه الموضع الأصلي لحق الارتفاق، بل يجب عليه أن يفاوض مالك العقار له المرتفق بشأن هذا التغيير.

كما يجب على مالك العقار المرتفق به تقديم موضعا آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق على أن يكون الموضع يتيسر فيه الاستعمال بالقدر الذي كان ميسورا به في الموضع السابق وقاضي الموضوع هو من يقدر ذلك[1].

فإذا كان إرتفاقا بالمرور وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور، فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريدها.

وإن هاته الرخصة كما نص عليها أيضا القانونين الجزائري، الفرنسي والمصري.

4/ الالتزام بمراعاة قيود الملكية والشركة والجوار :

يجب أن تراعى في الارتفاق الأحكام الخاصة بالقيود التي ترد على الملكية وحقوق الجوار المشتركة.

فلما كان الارتفاق فرع من حق الملكية، وكان القانون قد نص على قيود ترد على الملكية للمصلحة، وحقوق الجوار والشركة، فإن هذه القيود والحقوق يجب أن تراعى في استعمال حق الارتفاق تبعا[1].

5/ أهم الآثار التي تترتب على الإخلال بالإلتزامات :

يترتب نفس الجزاء عن الإخلال بالواجبات من مالكي كلا العقارين، فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجباته، بأن قام بأعمال تعوق إستعمال حق الإرتفاق وتنقص من هذا الإستعمال أو تجعله أكثر مشقة.

فيلزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ويقوم بها مالك العقار المرتفق به الذي إرتكب المخالفة وكذا كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية العقار نفسه، لأن هذا الجزاء هو

---

[1] د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 258.

[1] د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 259.

تكليف عيني ويتبعه في أي يد يكون، وذلك يعود لأن مختلف الإلتزامات الأصلية السالفة هي التزامات عينية.

كما يلزم بالتعويض إن كان له سبب، والتعويض يلزم به مالك العقار نفسه مرتكب المخالفة أو الخطأ لأنه إلتزام شخصي في ذمة.

الفرع الرابع

إمكانية تجزئة العقار المرتفق والمرتفق به

الأصل أن الارتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به، فيبقى بوضعه الذي بدأ به دون تغيير، أي يبقى مقررا لمنفعة كل جزء من العقارين.

غير أن المشرع الجزائري تناول إمكانية تجزئة كل من العقارين في نصين مختلفين وهما المادتين : 876 و877 من القانون المدني ولهذا نتطرق للموضوع بتقسيمه إلى قسمين :

أولا : تجزئة العقار المرتفق :

جاء نص المادة 876 من القانون المدني بما يلي :

<<إذا جزىء العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عبىء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الإرتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الإرتفاق على الأجزاء الأخرى>>

يستخلص من هذا النص أن مضمون حق الإرتفاق يبقى في موضعه عند تجزئة العقار المرتفق وهاته التجزئة تتم بعدة طرق، كقسمة العقار قسمة مفرزة، هنا يتعدد حق الإرتفاق بتعدد الأجزاء، ويكون لكل جزء مفرز نفس الحق الإرتفاق على العقار المرتفق به، ولكن يشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبىء حق الإرتفاق الأصلي.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه، تتضح من خلال إذا كان مضمون حق الإرتفاق أخذ كمية من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد الأرض المرتفقة، ثم تجزءت هذه الأرض الأخيرة إلى جزئين متساويين، فإن كل جزء يختص بنصف كمية

الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل، فإذا كانت الأرض المرتفقة قد تجزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي إختص به مصنعا ويستبقي الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت، فإن حق الإرتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة، فتأخذ من الأرض المرفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تأخذ من قبل، أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة للسماد فيكون لمالك العقار المرتفق به، في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الإرتفاق بالنسبة لهذا الجزء[1].

ثانيا: تجزئة العقار المرتفق به

وقد نص المشرع الجزائري بالمادة 877 من القانون المدني على :

" إذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على جزء منه.

غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء وكان لا يمكن أن يستعمل عليه، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الجزء الذي يملكه".

مقتضى هذا النص في فقرته الأولى : أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأسباب، لا تؤثر على حق الارتفاق الواقع عليه، ويبقى محمل على كل جزء من أجزائه، ومثاله أنه إذا كان الارتفاق بعدم البناء على مساحة معينة من الأرض المترفق بها، فإن الوضع لا يتغير في حالة تجزئة هذه الأرض، حيث يظل كل جزء من هذه الأجزاء محملا بحق الارتفاق[1].

أما في الفقرة الثانية، فمقتضاه أنه إذ تبين بعد التجزئة انحصار موضع الارتفاق في جزء من العقار دون باقي الأجزاء ، فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن إستعمال حق الإرتفاق عليها أن يطلب زوال حق الإرتفاق عن الجزء الذي يملكه، إذ يصبح حق الإرتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع.

فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور أو بالمجرى وجزء العقار المرتفق به، فلا يبقى الارتفاق واردا إلا على الجزء الواقع به الممر أو المجرى وحده.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 09 ، ص 1367.

[1] د/ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 312.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على قيام حق الإرتفاق

(نفاذه وإنتهائه)

بعد دراستنا في هذا الفصل لمختلف أحكام إنشاء وإكتساب حق الإرتفاق وأيضا إلى كيفية إستعماله وأهم القواعد التي تحكم كيفية قيامه ومباشرته.

ننتقل بالطبع لدراسة أهم الأثار التي تترتب على ذلك، ونتناولها في هذا المبحث بتفصيله إلى مطلبين الأول يخص كيفية نفاذه، أو بالأحرى مدى الإحتجاج به سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير، كما نتطرق في المطلب الثاني لتوضيح أهم أسباب إنقضائه.

المطلب الأول

كيفية نفاذ حق الإرتفاق

لقد سبق لنا أن تناولنا من خلال تطرقنا إلى أسباب كسب حقوق الإرتفاق وبالتحديد إلى التصرف القانوني كسبب لإنشاء حق الإرتفاق، أنه يشترط فيه علاوة على الشروط الموضوعية العامة شروطا شكلية تتمثل أهم الإجراءات والقواعد الشكلية التي تحكم إنشائه.

وما دام سبق لنا أن تطرقنا للرسمية كركن لانعقاد التصرف القانوني المنشأ لحق الارتفاق، ولتأكيد المشرع على ضرورة التلازم بين الرسمية والشهر كما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25، فبالنظر لذلك أكد المشرع على ضرورة التلازم بين ركن الرسمية لانعقاد العقد أو التصرف المنشأ لحق عيني وارد على عقار بين ضرورة تسجيل هذا الحق أو العقد المنشأ له ، فلا نستطيع القول بوجود حق ارتفاق وقيامه دون توافر كلا الإجرائين معا، فالرسمية تكمل انعقاد العقد، والشهر يرتب انصراف الآثار على العقد، بانتقال الحق فيما بين طرفيه وفي مواجهة الغير، وما دمنا نتكلم عن الآثار وكيفية النفاذ، فإننا سنخصص فرعين : الفرع الأول : يتعلق بانتقال حق الارتفاق بالشهر والفرع الثاني : يتعلق بآثار الشهر.

الفرع الأول

إنتقال حق الإرتفاق بالشهر

في البدء تجب الإشارة لنص المادة 792 من القانون المدني على :

<< تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 وذلك مع مراعاة للنصوص التالية>>[1].

وحسب نص هاته المادة فإن إنتقال الملكية في العقار يكون أصلا بمجرد العقد إذا كان الشيء مملوكا للمتصرف والمقصود هنا الشيء المعين بالذات حسب نص المادة 165 من القانون المدني المشار إليها بالهامش.

أنه كان من اللازم النص على العقار والمنقول كما جاء في النص المصري 932 من القانون المدني، ولعل قصد المشرع كان في نص المادة 792 يتجه إلى عبارة (في المنقول) لا (في العقار) كما ورد في النص، لأن المنقول هو الذي يتضمن شيئا معينا بالذات كما جاء في نص المادة 165 من القانون المدني.

كما يتضمن شيئا معينا بالنوع، فالإلتزام بنقل الحق العيني عليه لا ينتقل إلا بالإفراز حسب نص المادة 166 من القانون المدني فقرة 1 .

فالأصل في المنقول إنتقال الملكية أو الحق العيني فيه بالعقد فقط مع إستثناء الإفراز عندما نكون بصدد شيء معين بالنوع.

أما بخصوص العقار فإن أحكامه تضمنتها المادة 793 من القانون المدني وحسب رأينا، فإن كل ما جاء في نص المادة 792 من القانون المدني، لا علاقة له بإنتقال الملكية أو الحق العيني بصدد العقار.

---

[1] لقد ورد خطأ في هاته المادة سواء في النص العربي أو الفرنسي فكان يجب ذكر : <<طبقا للمادة 165 وليس المادة 164>> ذلك أن المادة 164 لا علاقة لها بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر بينما المادة 165 هي التي تنص على <<الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم قانون الملكية والحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري>> فإن هاته المادة هي المقصودة بنص المادة 792.

أولا: ضرورة شهر حق الإرتفاق :

نصت المادة 793 من القانون المدني على: **<< لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواءا كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهره العقار>>**

ومن ثم، كان إنتقال الحقوق العينية في العقار تختلف عنها في المنقولات ذلك لأن قواعد التسجيل تحول دون تنفيذ الإلتزام بنقل الحق العيني فيها فور التعاقد.

ولأن الإلتزام بنقل الحق العيني على العقار يقتضي القيام بإلتزام بعمل يتمثل في وجوب إشتراك مالك العقار في تسيير إجراء التسجيل ولا سيما في قيامه بالتصديق على إمضائه.

إن تنفيذ الإلتزام بنقل الحق العيني يبقى متراخي لفترة من الزمن إلى غاية التسجيل وهذه على التفرقة بين مجرد الإلتزام بنقل الملكية وبين الإنتقال الفعلي لها[1].

فإن عدم تسجيل أو الإشهار لا يمكن معه إنتقال الحق العيني فيما بين المتعاقدين ولا يحتج به إتجاه الغير، فالعقد المنشئ للحق العيني يبقى صحيحا منتجا لجميع آثاره ما عدا إنتقال الحق فعلا.

إن عملية شهر العقد التوثيقي في القانون الجزائري يتولاها الموثق، إذ أنه هو الذي يقوم بالإجراءات ومهمة البائع تنتهي بمجرد توثيق العقد.

ثانيا: معنى الإشهار، التسجيل والقيد

إن القانون الجزائري كما سلف تقديمه ينص على إجراء الإشهار العقاري.

ويقصد به هو إشهار التصرفات الواردة على العقار أو كل حق عيني عقاري في مجموع البطاقات العقارية التي تمسكها وتديرها مصلحة المحافظة العقارية.

وإن هذا الإجراء نص عليه القانون المدني في المادة 793 منه.

---

[1] د/ محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد (شهر التصرفات العقارية) العقد كسبب لكسب الملكية، المطبعة العلمية، القاهرة سنة 1949، ص 7.

كما تضمنه الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري منه المواد 15 و 16 اللذان نصا على ضرورة النشر في مجموع البطاقات العقارية.

أما التسجيل Transcription [1] فهو مصطلح معمول به خاصة في القانون المصري وغير معروف في القانون الجزائري اللهم إلا التسجيل الذي يتم القيام به لدى مصالح الضرائب.

أما إجراء القيد Inscription[2] فهو إجراء يحصل بعض الحقوق بذكر بيانات معينة على الهامش.

هذا الإجراء لم يتناوله القانون الجزائري إلا بصدد تطرقه لآثار وكيفية نفاذ الحقوق العينية التبعية وعلى وجه أخص الرهن الرسمي، فلا مجال لذكر عبارة قيد خارج إطار ما تناوله المشرع.

الفرع الثاني
آثار الشهر

فإن الحقوق العينية الأصلية الواردة على عقار ومنها حق الإرتفاق بالنظر لأحكام الشهر التي تنظمه، فهي لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول إلا بالتسجيل في مجموع البطاقات العقارية بالمحافظة العقارية، كما أنها وبمجرد إنعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له، ما عدا إنتقال الحق العيني فإنه يتراخى الإنتقال إلى غاية حصول التسجيل[3].

---

[1] حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية، دار هومة ، الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2001، ص 122.

[2] فيلالي علي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية في العلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم (02)، سنة 2000.

[3] صداقي أعمر : المرجع السابق، ص 96 وما يليها.

وإن كافة هاته الآثار التي تترتب على القيام بإجراء التسجيل أو الشهر العقاري تحكمها بالإضافة إلى أحكام القانون المدني السالفة، أحكام النصوص الخاصة التي تخص تنظيم مصالح السجل العقاري مكن ضمنها على وجه الخصوص الأمر رقم : 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وكذا المرسوم رقم: 76–63 المـؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

حيث وبالنظر لإختلاف آثار إجراءات الشهر العقاري ومدى أهميتها في إنتقال ثم في نفاذ التصرف المنشئ لحق الإرتفاق فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير فإننا نتناولها فيما يلي :

أولا: إنتقال حق الإرتفاق فيما بين المتعاقدين

سبق أن أشرنا لنص المادة 793 من القانون المدني التي نصت على أنه: **<< لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواءا كان فيما بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار>>.**

وإن هذا النص الوارد في القانون المدني، تم تجسيده بصدور الأمر رقم : 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975،[1] يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وذلك من خلال نص المادة 16 منه والتي نصت صراحة على **:<<إن العقود والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقتل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر رجعي بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية>>.**

فأهم أثر ينتج عن عدم الشهر للحق العيني فيما بين المتعاقدين حسب نص المواد السالفة يتمثل في عدم إنتقال أو إنشاء أو حتى تعديل أو إنقضاء هذا الحق العيني إطلاقا، كما سبق تفسيره.

---

[1] أنظروا الأمر رقم 75-74 المذكور سالفا.

فأهمية الشهر بالغة من حيث نشأة أو تغيير أو إنتهاء الحقوق عن طريق الشهر فقط، طبقا لنظام الشهر العيني مع العلم أن الحقوق في غير هذا النظام تنشأ وتتغير وتزول بمختلف التصرفات والوقائع القانونية في ظل نظام الشهر الشخصي.

وهو الأمر الذي يجعل من الشهر في ظل نظام الشهر العيني المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية، وهو النظام الذي أخذ به القانون الجزائري، فنصت المادة 15 من الأمر 75 – 74 على ما يلي : **<< كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له.. إلا من تاريخ إشهاره ...>>.**

وكذلك المادة 16 من نفس الأمر السالف بيانها.

فمن خلال كل هاته المواد فإن عملية إنتقال ملكية عقار والحقوق العينية الآخرى المتعلقة به لا تتم بصفة تلقائية بمجرد تكوين العقد، وإنما يجب إتباع إجراءات معينية تتعلق بمحتوى القوانين المنظمة للشهر العقاري.

<u>ثانيا : نفاذ حق الإرتفاق إتجاه الغير</u>

حيث أن نفس نص لمادة 793 من القانون المدني أكدت على ضرورة القيام بإجراء الشهر حتى يمكن الإحتجاج بإنتقال الحق العيني الوارد على عقار في مواجهة الغير.

إن هذا المبدأ جسده أيضا الأمر 75- 74 السالف ذكره بنص المادة 15 منه حيث نصت على : **<< كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية>>.**

/* تحديد مفهوم الغير :

إن مفهوم الغير يختلف من موضوع إلى آخر إذا مفهومه غامضا في القانون المدني، فالغير في الشهر يختلف عنه في الصورية ويقصد بالغير في الشهر: كل شخص غير المتعاقدين، أما في الصورية يقصد به الخلف الخاص والدائن العادي للمتعاقدين إلى جانب كل شخص لم يشارك في العقد.

والمقصود بالغير عموما، هو الشخص الذي لم يشارك في إبرام العقد[1]، أي الشخص الذي لم يلتزم لا بشخصه ولا بواسطة نائب والذي يعتبر العقد بالنسبة إليه غير ملزم.

إذا فإن المفهوم المقصود بالغير هنا هو :الذي يتعلق بأحكام الشهر، ومن ثم هو كل شخص أجنبي عن العمل القانوني الذي يهدف إلى تغيير المحيط القانوني لشخص معين وبالتالي فبإعتبار الشخص لم يشارك في إبرام العقد ولم يوافق عليه فهو لا يحمله إلتزاما ولا يكسبه حقا[2].

فبالتالي من خلال نص المادتين في القانون المدني، والأمر 75-74 فإن المشرع الجزائري لم يقصر أثر عدم الشهر للحق العيني العقاري في عدم إنتقاله أو إنشائه فيما بين المتعاقدين، بل أن هذا الأثر يمتد إلى الغير الخارج عن العقد، في أن الحق العيني العقاري لا ينفذ في مواجهة الغير.

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فسواء بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أو التبعية فإن عدم شهر الحق العيني العقاري يترتب عليه عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير، وهو ما تضمنته المادة 1/30 من المرسوم 04 جانفي 1955 المتضمن تعديل نظام الشهر العقاري أما بالنسبة للمتعاقدين فيظل العقد نافذا مرتبا لجميع آثاره، ومن ضمنها نقل الملكية.

---

(1) حسين عبد اللطيف حمدان : أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة ، ص 295.

(2) د/ زواوي فريدة:مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر معهد الحقوق، بن عكنون، سنة 1993، ص 97.

إن المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد والجزاء الأساسي على عدم شهر الحقوق التي تطلب المشرع شهرها هو عدم نفاذها في مواجهة الغير[1].

أما في مصر فالمشرع أخذ بنظام الشهر العيني وإستوجب أن الحقوق العينية أصلية أو تبعية لا تكتسب أو تنتقل بين المنتعاقدين أو الغير إلا بالقيد في السجل العقاري وهو النظام الذي أخذت به أغلب التشريعات العربية.

ونخلص في الأخير إلى نفس الرأي الذي ذهبت إليه الدكتورة زواوي فريدة من خلال رسالتها حيث إنتهت إلى: **<< ويلاحظ أنه في قانونا (القانون الجزائري) لا يمكن الإحتجاج بالحقوق العينية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد تسجيلها، ولكن العقود المنشئة لحق عيني تظل صحيحة منتجة لجميع آثارها ما عدا نقل الملكية>>**[2].

<u>ثالثا: نفاذ بعض الحقوق الشخصية في حق الغير.</u>

فإذا كان الأصل أن الحقوق الشخصية لا تخضع بصفة عامة للشهر لأنها تتعلق بالشخص أكثر من تعلقها بالعين (أو الشيء) فلا يمكن إخضاعها لنظام الشهر ؟

لكن السؤال الذي يتبادر؟ هل كل الحقوق الشخصية لا تخضع للشهر؟

وبصدد موضوع دراستنا، لماذا يتكلم المشرع الجزائري ضمن أحكام الشهر الأمر75–74 والمرسوم 76– 63، على لزوم إخضاع بعض الحقوق الشخصية للشهر العقاري ؟

وما يهمنا نحن هو نظام الملكية المشتركة إذا إستوجب المشرع الجزائري ضرورة الشهر بصددها.

كذلك بعض الحقوق والإلتزامات الشخصية المتعلقة بأموال منقـولة أصلا، لكن لأهميتها إستوجب المشرع ضرورة إخضاعها الرسمية أولا.

---

[1] المنظمة العربية للتربية والثقافة، وثائق ونصوص مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلدان العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، سنة 1973 ، ص 448.

[2] د/ زواوي فريدة : المرجع السابق، ص 97.

وبالضرورة ونظرا لتلازم الشكلية والإشهار العقاري، فإن هاته الحقوق والإلتزامات رغم خصوصيتها إستوجب المشرع إخضاعها للأمرين معا (الشكلية والشهر) وتقع خصوصا بصدد إنتقال المحل التجاري.

وسوف نتناول من خلال الفصل الثالث المعنون في توسيع مفهوم حق الإرتفاق إلى هاته الإستثناءات المتعلقة خصوصا بنظام الملكية المشتركة وأحكام المحل التجاري لنصل إلى الجواب على السؤال الأساسي وهو ما مدى إمكانية توسيع مفهوم حق الإرتفاق بأحكامه العامة التقليدية ليشمل حقوقا وإلتزامات أخرى تشكل خروجا عن القاعدة ؟

المطلب الثاني

أسباب إنقضاء حقوق الإرتفاق

لقد تناول المشرع الجزائري في آخر الأحكام الخاصة بحق الإرتفاق، أسباب إنقضاء وإنتهاء هاته الحقوق وتضمنها في مواد متتاليـة إبتداء من المادة 878 وما يليها من القانون المدني، التي حدد فيها ثلاثة أسباب.

وسنتطرق لتفسير كل سبب من أسباب الإنقضاء هاته بنفس الترتيب الوارد في أحكام القانون المدني ولم يذكر القانون المدني سببين آخرين، إكتفاءا منه بتطبيق القواعد العامة وهما : **1.** تحقق الشرط الفاسخ ، **2.** ونزول صاحب حق الإرتفاق عن حقه.

وبإعتبار أن معظم هاته الأسباب لا تختلف كثيرا عن الأسباب العامة لإنقضاء الإلتزام وبإعتبار عدم وجود فائدة كبيرة ترجى من التعمق في دراستها فإننا سوف نتطرق إليها كما جاء بها المشرع بشكل مختصر ومركز .

أولا : إنقضاء الأجل المحدد

لقد نصت المادة 878 من القانون المدني في شطرها الأول على :

<< ينتهي حقوق الإرتفاق بإنقضاء الأجل المحدد ... >>

من خصائص حق الإرتفاق أنه حق دائم، وذلك نظرا إلى كونه تابعا لحق ملكية العقار فيدوم بدوامة، والدوام يقصد به أنه من طبيعة حق الإرتفاق ولكن ليس من جوهره، ويعني ذلك أن الأصل هو دوام الإرتفاق بدوام العقارين.

غير أنه رغم ذلك لا يوجد ما يمنع من توقيت الإرتفاق بمدة معينة ينتهي بإنتهائها، وهو أمر نادر، إذا رتب حق الإرتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة، كبناء يقيمة المستأجر في العين المؤجرة[1].

ثانيا : هلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما

فجاء في نص نفس المادة السالف بأنه: << **وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما** >>

وقد إكتفى المشرع الجزائري بخصوص هذا السبب على هلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما ولم يتطرق لهلاك العقار المرتفق كما فعل المشرعان المصري والفرنسي.

ومعني هذا السبب أنه إذا هلك العقار المرتفق به هلاكا تاما، كأن يكون بناء فيتهدم أو يحترق، فينتهي حق الإرتفاق بزوال المحل، فإذا جدد البناء عاد حق الإرتفاق ما لم يكن قد إنتهى بعدم الإستغلال.

ومثل الهلاك يكون نزع الملكية للمنفعة العامة فينتهي حق الإرتفاق، لكن يتقاضى صاحب حق الإرتفاق التعويض.

وكذلك ينتهي حق الإرتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما بنفس الطريقة[2] وكان يستلزم على المشرع الجزائري إضافة هذا الجانب ذلك لأن حق الإرتفاق يفترض وجود عقارين، عقارا مرتفقا به وعقارا مرتفقا، فإذا هلك أحدهما إنتهى حق الإرتفاق.

ثالثا : اتحاد الذمة : فقد جاء في نفس المادة 878 من القانون المدني أنه: **<< أو بإجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الإرتفاق إذا زال إجتماع العقارين >>.**

إن غاية هذا السبب للإنقضاء هو القاعدة المعروفة : أنه لايكون للإنسان حق إرتفاق على شيء يملكه، وأنه من خصائص حق الإرتفاق أنه لا يقوم حق إرتفاق بين عقارين

---

[1] د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص 1001.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ص 1391.

مملوكين لشخص واحد، وحالة إجتماع العقارين في يد مالك واحد بأن تنتقل ملكية العقار المرتفق إلى مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو العكس، أو يتملك أجنبي هذين العقارين أو بأن يتخلى مالك العقار المرتـفق به عن عقاره للتخلص من إلتزام عيني يقع عليه، فتنتقل ملكيته لمالك العقار المرتفق، ففي كل هذه الحالات ينتهي حق الإرتفاق لإتحاد الذمة في شخص مالك العقارين.

لكن الأمر ليس نهائي فقد يزول إتحاد الذمة فيعود الإرتفاق ويجب التمييز بين حالتين:

أ) فإذا كان لسبب الإنفصال أثر رجعي، كأن يشتري مالك أحد العقرين العقار الآخر، ثم فسخ عقد البيع، فيكون للفسخ أثر رجعي، فيعتبر البيع كأن لم يكن، فيعود حق الإرتفاق إذ يعتبر كأنه لم ينته أبدا.

ب) إذا لزوال إتحاد الذمة بدون أثر رجعي، فإن حق الإرتفاق لا يعود كما في الفصل الأول، ومثاله **:** أن يشتري مالك أحد العقارين عقار آخر ثم يبيع أحدهما، حيث بقي ما ترتب عن البيع الأول من إنتهاء الإرتفاق بإتحاد الذمة، فلا يعود حق الإرتفاق بعد أن إنتهى.

وقد يحصل أن ينشأ بيع أحد العقارين حق إرتفاق بتخصيص المالك الأصلي كما في القانون المدني وبتوافر شروطه، غير أن الفقهاء لا يعتبرون ذلك أنـه بصدد عودة الإرتفاق الذي إنتهي بإتحاد الذمة بل بصدد إرتفاق جديد[1]**.**

---

[1] د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق، ص 1009.

رابعا : عدم إستعمال حق الإرتفاق مدة معينة (التقادم المسقط)

نصت على هذا السبب المادة 879 من القانون المدني، ونشير إبتداءا إلى الفقرة الأولى منها : **<< ينتهي حق الإرتفاق بعدم إستعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة إذا كان الإرتفاق مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط الإرتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها ...>>.**

فحق الإرتفاق إذا ينقضي بعدم الإستعمال المدة القانونية، وقد إفترض القانون في ذلك أن مالك العقار المرتفق قد نزل عن حقه ببقائه زمنا طويلا من غير أن يستعمله.

والمقصود هنا هو التقادم المسقط الذي يترتب عليه إنتهاء حق الإرتفاق، وذلك وفقا لقاعدة عامة قررتها مختلف القوانين بما فيها القانون الجزائري والمطبقة على جميع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية أنها كلها تنتهي بعدم الإستعمال، أي تنقضي بالتقادم المسقط، وبذلك فإن هذه الحقوق تختلف عن حق الملكية الذي لا يسقط بعدم الإستعمال، ويسمى سبب الإنقضاء هنا بعدم الإستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الإرتفاق وحق الإنتفاع، أما إذا كان يتعلق بإسقاط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط[1].

وإن سقوط حق الإرتفاق بعدم الإستعمال يرد بالنسبة لكافة أنواع حقوق الإرتفاق في القانون الجزائري، فسواء كانت مستمرة أو غير مستمرة، ظاهرة أم خفية، إيجابية أو سلبية، كلها تزول بعدم الاستعمال، وذلك خلافا للتقادم المكسب لحق الإرتفاق الذي لا يكون إلا بالنسبة إلى حقوق الإرتفاق الظاهرة كما تقدم.

أ) مدة التقادم المسقط :

هي في القانون الفرنسي محددة بثلاثين سنة لإنقضاء حق الإرتفاق بعدم الإستعمال.

أما في القانون الجزائري فزوال حق الإرتفاق بالتقادم المسقط مدته عشر سنوات **(10)** بخلاف القانون المصري الذي جعلها **(15)** خمسة عشر سنة.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج 09 ص 1395.

أما إذا كان الإرتفاق مقرر لمصلحة مال مورث تابع لعائلة، فإن مدة التقادم المسقط لزوال حق الإرتفاق هي ثلاثة وثلاثين سنة في القانون المدني الجزائري، وهي نفسها في القانون المصري.

ب) <u>وقت بدأ سريان مدة التقادم المسقط</u> :

يختلف بإختلاف نوع الإرتفاق ، فالإرتفاقات الظاهرة يبدأ حسابها من وقت إتيان أي عمل إيجابي، مخالف لحق الإرتفاق وفي غير المستمر منذ آخر عمل إنقطع بعده صاحبه عن إستعمال حقه في الإرتفاق.

فمثلا في الإرتفاق بعدم البناء يبدأ سريان المدة من الوقت الذي يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به بإقامة بناء في عقاره، فيستوي أن يكون العمل المتعارض مع حق الإرتفاق قد قام به صاحب العقار المرتفق به، أو قام به الغير، أو وقع بقـوة قاهرة

ج) <u>التقادم المسقط الجزئي لحق الإرتفاق (سقوطه جزئيا)</u> :

حيث جاء في الشطر الأخير من نص المادة 879 من القانون المدني على : **<< ...وكما يسقط حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها... >>.**

ذلك أن عدم الإستعمال الجزئي لحق الإرتفاق ينقص من نطاقه بالقدر الذي لم يستعمل فيه إذا تواصل الإستعمال الجزئي مدة 10 سنوات، فبعد مضي المدة لا يجوز العودة لإستعمال حق الإرتفاق بحدوده الكاملة في الأصل، فإذا كان الإرتفاق بالمطل يمنح الحق لصاحبه فتح ثلاث نوافذ على ملك الجار، لكن صاحبه إقتصر على فتح نافذتين فقط ومضى على هذا الوضع **10** سنوات، فلا يجوز له بعد ذلك أن يفتح نافذة أخرى كما كان مقررا أصلا.

وإن الفقرة السابقة جاءت مطلقة كما في القانون الفرنسي ولا يفرق بين الإرتفاقات المستمرة و الغير مستمرة، غير أن المحاكم الفرنسية لا تطبقها، إلا على الإرتفاقات المستمرة، كما في الإرتفاق بالمطل السالف.

أما الإرتفاقات الغير المستمرة، ميزت بين فرضين :

أن يكون صاحب الإرتفاق بإختياره وفقا لحاجته، كما إذا كان له حق المرور راجلا أو راكبا، فظل صاحبه راجلا مدة **10** سنوات دون أن تقتضي حاجته للمرور راكبا، هنا حق الإرتفاق يظل بكامل حدوده دون إنقاص.

لكن إذا وجد عائق مادي يحول دون إستعمال حق الإرتفاق بكامل حوده، كما إذا أصبح يتعذر المرور راكبا بسبب تضييـق الطريق، فاضطر صاحب حق المرور الإقتصار على المرور راجلا ولمدة **(10)** عشر سنوات، فحق المرور أي نطاق الحق ينقص بسب عدم الإستعمال الجزئي وإن هاته التفرقـة يؤديها كل من الفقه والقضاء[1].

د) <u>إنقطاع و وقف التقادم المسقط</u> :

تضمنت الفقرة 2 من المادة 879 من القـانون المدني الإشـارة لهاته الأحكام كما يلي : **<<... وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع، فإنقطاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقين ..>>.**

فإن إنقطاع التقادم يكون بمعاودة الإستعمال، وعموما فإنه ينقطع ويقف سريانه بالأسباب ذاتها التي تسري على التقادم المسقط للديون.

وليس من اللازم أن يستعمل مالك العقار المرتفق حقه بنفسه ليمنع إنقضاء الإرتفاق[2].

<u>*/ بعض تطبيقات القانون الجزائري لوقف وإنقطاع التقادم</u> :

1. تطبيق الإنقطاع : من خلال المادة السالفة يتبين هذا التطبيق هو أن إستعمال الإرتفاق بواسطة أحد الشركاء في الملك، يحفظ حق الإرتفاق للعقار نفسه، وبالتالي لسائر من لهم حق فيه، فإذا كان العقار المرتفق شائعا بين شركاء متعددين، فإن بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقين منتفعا بحق الإرتفاق، لا يجعل المدة تسري في حقه بداهة ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقين فقطع أحد الشركاء التقادم يفيد الباقين فيقطعه بالنسبة إليهم.

---

[1] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 268.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ج ص 1398.

2. تطبيق الوقف : فحسب ما ورد بآخر الفقرة 2 من المادة أعلاه، فبالنسبة للوقف تنطبق عليه نفس أحكام الإنقطاع، فإذا وجد بين الشركاء قاصر ليس له ممثل، فإن التقادم يوقف بالنسبة له ويوقف بالنسبة للآخرين.

خامسا: إستحالة إستعمال حق الإرتفاق

لقد جاء نص المادة 880 من القانون المدني بما يلي : << ينتهي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق، إلا أن يكون قد إنتهى بعدم الإستعمال>>.

وإن هذه الإستحالة تنشأ بسبب تغيير الوضع المادي للأشياء، سواء حدث هذا التغيير في العقار المرتفق أو في العقار المرتفق به، كأن يكون هناك إرتفاق بالمطل، ثم ينهدم المنزل المرتفق ويصبح معها غير مشتمل على مطلات، فيصير إستعمال حق الإرتفاق بالمطل مستحيلا أو إرتفاق بالمرور ثم يحبس العقار المرتفق ويصبح لا يمكن الوصول منه للطريق العام فينقضي الإرتفـاق لإستحالة إستعماله.

والإستحالة هي الإستحالة المطلقة، فلا يكفي أن يكون من شأن ذلك التغيير في الوضع المادي للأشياء أن يصبح الإرتفاق أكثر مشقة، وتتحقق الإستحالة أيا كان سبب نشوئها، فيستوي أن ترجع لقوة قاهرة، أو لفعل صاحب العقار المرتفق أو العقار المرتفق به أو لفعل الغير.

فتحقق الإستحالة، يعني قيام مانع مادي يحول وإستعمال حق الإرتفاق، لكن الحق ذاته يبقى والتغيير الوارد بالمادة بأنه : **<<..ينتهي حق الإرتفاق>>.**

لأن الصحيح أن حق الإرتفاق لا ينتهي بإستحالة الإستعمال، بل يوقف إستعماله إلى أن تزول هذه الإستحالة.

وهو ما نصت عليه المادة في شطرها الثاني أنه: **<< إذا عادت الأشياء** إلى **وضع يمكن معه إستعمال الحق. ..>>.**

فيمكن إستعمال حق الإرتفاق من جدي إذا زال المانع المادة بعودة الأشياء لوضعها السابق ، والنص لايحتم أن تعود إلى الوضع الأصلي تماما بل أن تعود إلى وضع يمكن معه إستعمال حق الإرتفاق مع مراعاة أن لايكون هذا الإستعمال أكثر مشقة.

وقد جاء بآخر المادة 880 أنه: **<<.. إلا أن يكون قد إنتهى بعدم الإستعمال >>**

وتعني أنه إذا ظلت إستحالة الإستعمال قائمة مدة 10 سنوات، فإن الإرتفاق ينتهي فلا يمكن أن يعود حتى لو عادت الأشياء لوضع يمكن معه إستعماله، وفي هاته الحالة لا يتم إنتهاء حق الإرتفاق بسبب إستحالة إستعماله، بل بسبب عدم الإستعمال (أي التقادم المسقط) المادة 879 من القانون المدني.

<u>سادسا :زوال فائدة الإرتفاق</u>

حسب ما تضمنه نص المادة 881 من القانون المدني كما يلي : **<< يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبقى له سوى فائدة محدودة، لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به>>.**

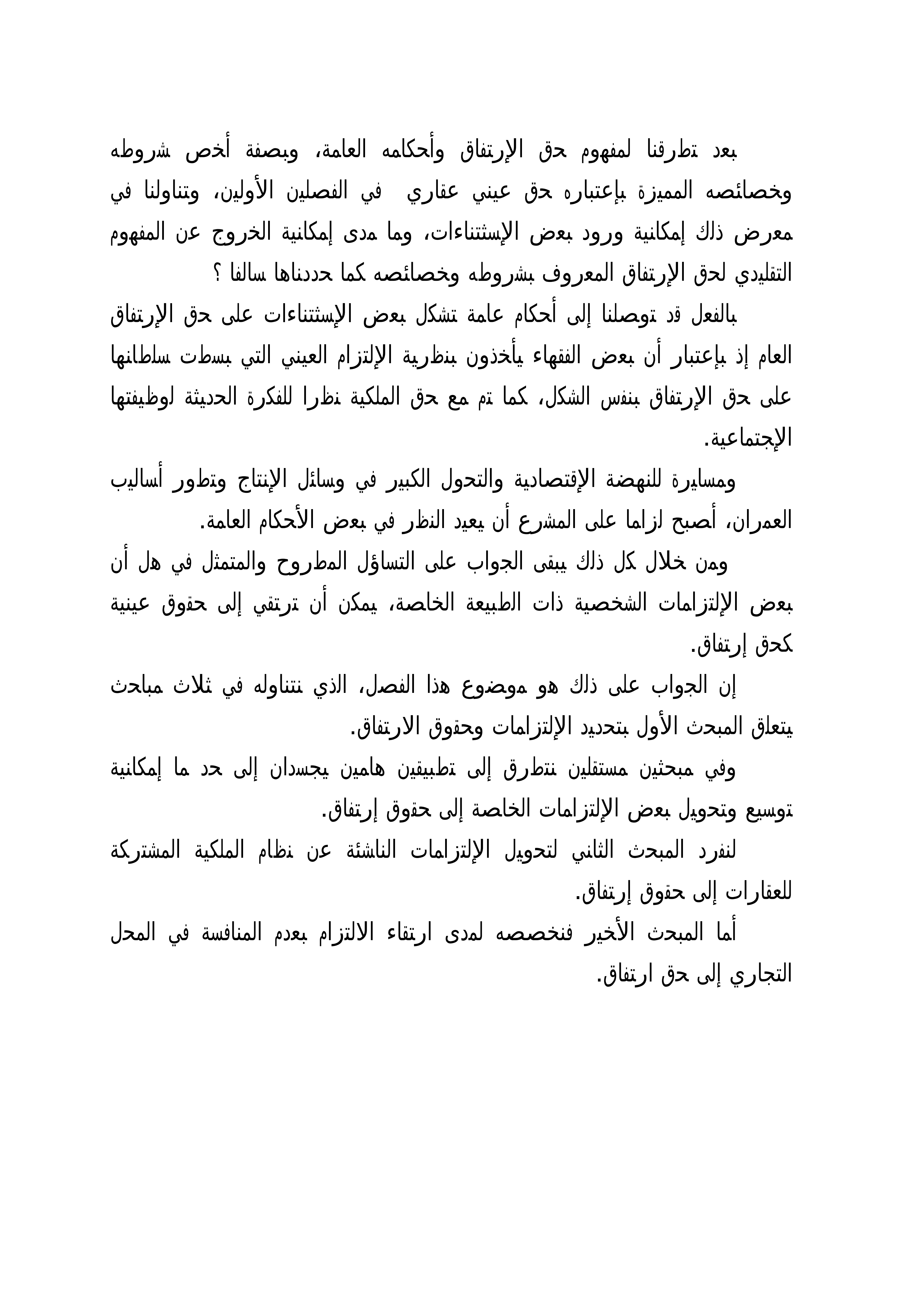
يخلص من النص أن حق الإرتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة منه للعقار المرتفق، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب إطلاقا مع العبىء الذي يلقيه على العقار المرتفق به، ومثاله حق المرور وتنفتح للعقار سبل أخرى على الطريق العام أقرب وأيسر، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يطلب تحرير عقاره من حق الإرتفاق ودون موافقة مالك العقار المرتفق وقاضي الموضوع هو من يقدر إنعدام الفائدة أو مدى نقصانها، وله أن يحكم بتعويض مناسب لصاحب العقار المرتفق.

ويعتبر ذلك تطبيقا لقاعدة التعسف في إستعمال الحق، إذا وازن المشرع بين مصلحة صاحب العقار المرتفق ، إنعدمت منفعته أو أصبحت ضئيلة، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الإرتفاق الذي يحمل عقاره بعبىء ثقيل، فتم ترجيح مصلحة، هذا الأخير لأنها تفوق الاولى لحد ينعدم التنساب بينهما[1].

---

[1] د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع نفسه، ص 1010 وما يليها.

الفصل الثالث
في توسيع مفهوم
حق الإرتفاق



بعد تطرقنا لمفهوم حق الإرتفاق وأحكامه العامة، وبصفة أخص شروطه وخصائصه المميزة بإعتباره حق عيني عقاري في الفصلين الأولين، وتناولنا في معرض ذلك إمكانية ورود بعض الإستثناءات، وما مدى إمكانية الخروج عن المفهوم التقليدي لحق الإرتفاق المعروف بشروطه وخصائصه كما حددناها سالفا ؟

بالفعل قد توصلنا إلى أحكام عامة تشكل بعض الإستثناءات على حق الإرتفاق العام إذ بإعتبار أن بعض الفقهاء يأخذون بنظرية الإلتزام العيني التي بسطت سلطانها على حق الإرتفاق بنفس الشكل، كما تم مع حق الملكية نظرا للفكرة الحديثة لوظيفتها الإجتماعية.

ومسايرة للنهضة الإقتصادية والتحول الكبير في وسائل الإنتاج وتطور أساليب العمران، أصبح لزاما على المشرع أن يعيد النظر في بعض الأحكام العامة.

ومن خلال كل ذلك يبقى الجواب على التساؤل المطروح والمتمثل في هل أن بعض الإلتزامات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة، يمكن أن ترتقي إلى حقوق عينية كحق إرتفاق.

إن الجواب على ذلك هو موضوع هذا الفصل، الذي نتناوله في ثلاث مباحث يتعلق المبحث الأول بتحديد الإلتزامات وحقوق الارتفاق.

وفي مبحثين مستقلين نتطرق إلى تطبيقين هامين يجسدان إلى حد ما إمكانية توسيع وتحويل بعض الإلتزامات الخاصة إلى حقوق إرتفاق.

لنفرد المبحث الثاني لتحويل الإلتزامات الناشئة عن نظام الملكية المشتركة للعقارات إلى حقوق إرتفاق.

أما المبحث الأخير فنخصصه لمدى ارتقاء الالتزام بعدم المنافسة في المحل التجاري إلى حق ارتفاق.

المبحث الأول

الإلتزامات وحقوق إرتفاق

إن الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، إذ الحق الشخصي عبارة عن علاقة بين شخصين يستطيع أحدهما وهو الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وينطوي الحق الشخصي على عناصر ثلاثة : العنصر الأول إيجابي وهو صاحب الحق والعنصر الثاني سلبي وهو المدين بالالتزام، والعنصر الثالث هو العمل أو الامتناع الذي يلتزم به المدين.

وإذا نظرنا إلى تلك العلاقة من ناحية الدائن كنا بصدد حق، وإذا نظرنا لها من ناحية المدين كنا بصدد دين أو التزام، فالحق الشخصي أو الالتزام تعبير عن علاقة واحدة[1].

وقد سبق أن عرفنا حق الإرتفاق وقلنا أن من أهم خصائصه أنه حق عيني والحق العيني بإعتباره سلطة مباشرة على الشيء يكون نافذا إتجاه الغير، بحيث يصبح غير مميز عن الشيء موضوع الحق، فيندمج معه، ويقع على الغير الإلتزام بعدم التعرض لممارسة هذا الحق.

أما الحق العيني فيتسم بخاصية الإطلاق ويكون لصاحبه حقي الأفضلية والتتبع، إذ يتتبع العين في يد الغير و يلزمه بإحترام حقه[2].

كما أن الإلتزامات الناتجة عن عقد أبرمه السلف لا تنتقل إلى الخلف الخاص، إلا إذا كان عالما بها، وقد سبق أن قلنا بصدد حق الإرتفاق بإعتباره حق عيني عقاري يجب إشهاره حتى يمكن إنتقال ملكيته أو يكون نافذا في مواجهة الغير.

ولأن حق الإرتفاق يعد تكليفا يقع على عقار وليس على شخص، بالتالي هو إلتزام عيني لأنه ينتقل مع العين إلى أي يد، لكن بشرط شهر العقد المنشىء له حتى يكون نافذا.

وإن مضمون حق الإرتفاق يختلف بإختلاف أنواعه، لكن الإتفاق واقع في الفقه على أن يكون الإلتزام بشأنه إيجابي أو سلبي، لهذا سوف نتطرق إلى كيفية تحويل

---

(1) د/ محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 07.

(2) د/ محمدي فريدة : المرجع السابق، ص 132.

هاذين الإلتزامين إلى حق إرتفاق، ولو أنها من صميم حق الإرتفاق أو ملحقاته ! ثم نتطرق إلى كيفية تحويل الإلتزام الشخصي والإلتزام العيني إلى تكاليف عينية كحق إرتفاق ؟

وبعد تحديد معنى مختلف هاته الإلتزامات وكيفية إمكانية تحويلها إلى حقوق إرتفاق، نتطرق إلى تطبيقين هامين في هذا المجال، يتمثلان خاصة : أولا الإلتزامات الشخصية الناشئة عن نظام الملكية المشتركة، وكيفية تحويلها إلى حقوق إرتفاق.

أما ثانيا نتطرق لتطبيق آخر يخص الإلتزامات الناتجة بصدد التنازل وبيع المحل التجاري وأهمها الإلتزام بعدم المنافسة وكيفية تحويله إلى حق إرتفاق أو حق عيني آخر ؟ وسنتناول هاذين التطبيقين في مبحثين مستقلين نظرا لأهميتهما.

المطلب الأول

الإلتزامات الإيجابية والسلبية

أولا : الإلتزامات الإيجابية

الأصل أو القاعدة هو أن الإرتفاق عيني أي تكليف يقع على عقار فقط، ومن ثم لا يمكن أن تلزم الإرتفاقات شخصا ما للقيام بعمل ما، غير أن الاستثناءات وردت في القانون المدني ، كما سبق تناوله من خلال أحكام حق الإرتفاق الذي يسمح بالإتفاق على أن تقع بعض الأعمال على مالك العقار المرتفق به كما جاء في المادة 873 منه :

<< لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بمنشآت لمصلحة العقار المرتفق إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف ما لم يوجد شرط يخالف ذلك>>.

ونفس الأمر تضمنته ا ادتان 698 و 699 من القانون ا د الفرنسي، إذ إستند القضاء الفرنسي ا، لأجل نقل بعض الإلتزامات الإ ابية إ ا لف ا اص جة أ ا تعد من ملحقات ا ق العي ، فهذا الأمر ينطبق عندما تؤدي ا دمة ال يقدمها صاحب العقار ا رتفق به إلى إستعمال أفضل للإرتفاق، كصيانة مجرى المياه مثلا، فيمكن اعتبارها من ملحقات حق الإرتفاق، لكن كيف يكون الأمر عندما تكون الخدمة المقدمة هي العنصر الأساسي؟ كقيام شخص بنقل الكهرباء أو الغاز إلى العقار المجاور، فهل يمكن إعتباره

مجرد ملحق للحق؟ إذ العقار لوحده لا يمكنه القيام بهذا العمل، فهذه الإلتزامات أساسية وتطغى على الخدمة التي يقدمها العقار، فلا يمكن إعتبارها من قبيل حق الإرتفاق أو من ملحقات.

ذلك وأن محكمة النقض الفرنسية إعتبرت في حكم لها المؤرخ في 1912/02/14 أن إلتزام صاحب العقار المرتفق به بتوريد الكهرباء من ملحقات حق الإرتفاق[1].

ثانيا: الإلتزامات السلبية

يتفق معظم الفقهاء في أنه ليس هناك شك بأن كافة الإلتزامات السلبية التي تقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به تنتقل إلى الخلف الخاص، لكونها لا تختلف عن مفهوم حق الإرتفاق ذاته، خاصة أن الحق العيني الذي ينشأ عنه الإلتزام السلبي يقع على الكافة.

غير أن البعض من الفقهاء يعتبرون أن فيه خدمات سلبية لا تشكل إرتفاقا لأنها تتنافى مع طبيعته، إذ يجب في جميع الأحوال أن يكون التكليف لمصلحة العقار.

فمثلا : الشرط الذي يعفي شركة إستغلال المناجم من مسؤوليتها عن الأضرار التي تسببها أعمالها للسطح، لا يمكن إعتباره إرتفاقا لأنه يحقق مصلحة لصاحب المنجم فقط، إذ يعفيه من دفع تعويضات كبيرة لصاحب السطح، وإن الأحكام النادرة التي إعتبرت هذا الشرط إرتفاقا، تغير طبيعة هذا الحق وذلك يشكل إستثناءا.

كما توجد بعض الإلتزامات السلبية لا تتفق مع مفهوم الإرتفاق، **مثل** : شرط المسكن الراقي، لكون مثل هذه الإرتفاقات تلزم الشخص بالعيش على نمط معين، فتحد من حريته الشخصية، لهذا لم يأخذ بها جانب كبير من الفقه والقضاء[2].

المطلب الثاني
الالتزامات العينية و الشخصية

---

[1] د/ محمدي فريدة : المرجع السابق، ص 134.

[2] د/ محمدي فريدة : نفس المرجع، ص 135.

لقد سبق لنا أن تناولنا من خلال الفصل الأول أهم المميزات بين الحق الشخصي والحق العيني، ونكتفي بما سبق لنا قوله خاصة في تمييزنا لحق الإرتفاق بأنه حق عيني وارد على عقار.

كما مر علينا أن فكرة الإلتزام العيني هي الغالبة والمطبقة على العديد من التكاليف المفروضة بصدد الإرتفاقات خاصة بسبب التطورات الإقتصادية والفكرة الحديثة للملكية.

ونتطرق حاليا إلى بعض هاته الإلتزامات مع تحديد طبيعتها القانونية في مدى اختلافها عن الإلتزامات الشخصية ومتى يمكن القول بتحويلها إلى حق عيني أو إرتقائها إلى حق إرتفاق.

الفرع الأول

الإلتزامات العينية وطبيعتها القانونية

إذا كان الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص ما على شيء ما يستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية من خلال القيام بأعمال مباشرة على هذا الشيء دون تدخل أحد تحقيقا لمصلحة معينة.

فبعض الإلتزامات تعتبر عينية لإرتباطها الوثيق بالعين وقدرة الشخص على التخلص منها بالتخلي عن العين، إذ يحدث في بعض الأحوال أن يجد شخصا نفسه ملزما بأداء عمل معين تجاه شخص آخر، ولكن، سبب هذا الإلتزام، راجع إلى أن المدين المالك لعين معينة، فالإلتزام وجد بسبب ملكية العين، ومن ثم سمي بالإلتزام العيني[1].

وإن فكرة الإلتزام العيني لا تزال غامضة في القانون الوضعي، فيصفه بعض الفقهاء بأنه إلتزام شخصي عادي، وآخرون بأنه الحق العيني نفسه، وفريق ثالث يعتبره إلتزام قائم بذاته وسط بين الحق العيني والشخصي.

ولعل أدق تعريف للإلتزام العيني أنه : " دين على عين..." فضمانه ينحصر في عين معينة من عناصر الذمة للمدين دون سائر العناصر، فهو ينتقل مع العين، ويمكن

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج 8، ص 188.

التخلص منه بالتخلي عن العين وهي أهم ميزة للإلتزام العيني وما يميزه عن الالتزام الشخصي[1].

أما مفهومه لدى الفقه الإسلامي فهو أداء معين يثبت في عين معينة وذلك على خلاف المبدأ العام المقرر في الشريعة أن الذمة هي وعاء الإلتزامات، فإن ثبوت الإلتزام العيني بالعين هو خروج عن هذا الأصل العام، ولا يكون هذا الخروج إلا للضرورة الشرعية كإضطرار الشريك المشاع إلى النفقة على المال الشائع لصيانة نصيبه فيه، فيلزم شركائه بدفع ما يخصهم. فالأصل في الفقه الإسلامي (أن لا إلزام بغير التزام)، وما جاء في الآية الكريمة "**وأن ليس للإنسان إلا ما سعى**"[2]**،** فإلى جانب هذه الأصول أوجب الشارع الإسلامي بعض الأنظمة.

كما في حالة ما إذا اعترضت الإنسان أحوال تضطره للتصرف في مال غيره، فيكون التزام المالك بدفع ما يخصه من النفقة إلتزاما عينيا يحمّل العين وينتقل معها في أي يد تكون، ويسقط بهلاكها ويبرأ المدين منه بالتخلي عن العين[3].

ولفهم أوضح متى نكون بصدد إلتزام عيني، نتطرق لبعض الأمثلة التي نص عليها القانون المدني الجزائري.

---

(1) د/ عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 636.

(2) الأية 38 من سورة النجم.

(3) د/ عبد العزيز أبو غنيمة، المرجع نفسه، ص 07.

أولا : أهم الالتزامات العينية

1/ التزام حائز العقار المرهون :

تضمنه نص المادة 922 من القانون المدني الجزائري، وهو إلتزام عيني وليس شخصي لأن هذا الإلتزام يمكن زواله بالتخلي عن العين ويبرأ صاحبه بخلاف الإلتزام الشخصي.

2/ إلتزام مالك الحائط المشترك :

وهو ما تضمنه نص المادة 704 فقرة 2 من القانون المدني وغايته أن نفقات الترميم وإعادة البناء تقع على الشركاء في الملك وهو إلتزام عيني أساسه ملكية العين إذ ينتقل إلى الخلف.

وإن ملكية الحائط المشترك ما هي إلا تطبيق للملكية المشتركة الإجبارية الأبدية، وأعمال الترميم وإعادة البناء يلتزم بها الشريك على أساس الإشتراك في ملكية الحائط، فإذا إنتقلت ملكية الحائط لغيره أصبح من إنتقلت إليه الملكية هو الملتزم، فالإلتزام هنا يدور مع ملكية الحائط وجودا أو عدما، فهو إلتزام عيني، وبما أنه إلتزام مرهق تترك الحرية للمشترك في التخلص منه بالتخلي عن ملكية الحائط المشترك.

والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية التخلص من الإلتزام بل يفهم الأمر بمفهوم المخالفة للمادة 708 من القانون المدني، فإذا كان لا يجوز لشخص إجبار جاره على التخلي عن الحائط المشترك، فلا شك أن يكون لهذا الأخير الحق في التخلي عنه بمحض إرادته، وإن القانون الفرنسي نص على إمكانية التخلص من هذا الإلتزام صراحة، لأنه يعتبر الإلتزام بالنفقات لترميم وإصلاح الحائط المشترك هي إلتزامات عينية تنتقل مع العين فيجوز للشخص التخلص منها بالتخلي عن الحائط المشترك[1].

---

[1] د/ محمدي فريدة، المرجع نفسه، ص 146.

3/ إلتزام مالك العقار المرتفق به :

سبق أن أشرنا في المطلب الأول لهذا المبحث أنه من المفروض أن لا يكون صاحب العقار المرتفق به ملزما إلا بإلتزام سلبي، وهو عدم التعرض للإرتفاق بما ينقص منه، فهو ليس ملزما بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ولا بأي نفقة.

غير أنه مع هذا يمكن أن يلزم إستثناءا بإلتزامات إيجابية، **مثلها** : القيام بعمل إضافي يقتضيه إستعمال الإرتفاق على الوجه المألوف، أو يلزم بنفقة الأعمال اللازمة لإستعمال حق الإرتفاق والمحافظة عليه، إذا تم إشتراط ذلك وقبل الشرط، أو إذا كانت الأعمال نافعة للعقار المرتفق به وجميع هاته الأمثلة تضمنتها المواد : 872 و 873 و874 من القانون المدني وقد تناولنا آنفا بصدد التطرق لأحكام إستعمال حق الإرتفاق.

وفي جميع هاته الحالات يكون إلتزام مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة في النفقات، على أساس أنه مالك للعقار المرتفق به فهو ملتزم بسبب ملكيته للعقار.

فإذا إنتقلت الملكية أصبح من إنتقلت إليه، لأن هذا الإلتزام يدور مع الملكية وجودا وعدما، لذلك فهو إلتزام عيني[1].

إذ يمكن لمالك العقار المرتفق به التخلص من هذه الإلتزامات بالتخلي عن العقار المرتفق به.

ثانيا : الطبيعة القانونية للإلتزام العيني :

لقد اختلف الفقه في تقييم الطبيعة القانونية لهذا الإلتزام، فهناك من يرى غرابة تقسيمه إلى عيني وشخصي وحجته في ذلك : "أن الالتزام هو الوجه المألوف للحق الشخصي"، ومقتضى ذلك أن الإلتزامات جميعها شخصية، فإذا قيل بوجود إلتزامات عينية كان لنا أن نتساءل عن المميزات التي يختص بها، بحيث تقتضي تسميتها تلك التسمية الغريبة لتمييزها عن الإلتزامات العادية.

---

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج 8 ، المرجع السابق، 189.

كما يقولون : " أن المديونية، هي جوهر الإلتزام والمسؤولية هي وسيلة تحقيق المديونية"، ولذلك فليس من الممكن أن توجد مسؤولية بغير مديونية ترمي لتحقيقها، إلا أنه ليس هناك ما يمنع منطقيا من أن تنشأ علاقة المسؤولية ضمانا لدين شخص أخر غير المسؤول.

أما بالنسبة للإلتزامات العينية الملحقة بالحق العيني فهي تتميز بخاصيتين تختلف بهما عن الإلتزامات العادية، وتبرز في نظر القائلين بنظرية الإلتزام العيني في وضعها في طائفة خاصة بها، أولاهما : بإنتقال الشيء إلى الخلف الخاص – مع أن ليس في ذلك ما يكفي لتمييزها-، والخاصية الثانية هي إمكانية التخلي بوصفها سببا لإنقضاء الإلتزام العيني[1].

لكن الرأي الراجح حسب الفقيه السنهوري، يعتبر الإلتزام العيني ليس إلا إمتداد للحق العيني وليس إلتزاما قائما بذاته، فهو ينشأ بسبب حق عيني موجود، ويستكمل به صاحب هذا الحق العيني – و هو في الوقت ذاته الدائن بالإلتزام العيني – أسباب نفاذ حقه والتمتع بهذا الحق تمتعا كاملا.

فهو إستكمالا لحق عيني وليس له كيان مستقل كإلتزام شخصي ولا كحق عيني، وهذا هو رأي الفقيه : Aberkane .[2]

وبالرجوع إلى الأمثلة القانونية السابقة المستوحاة من بعض قواعد القانون المدني الجزائري ، فإنه يتضح لنا أن الإلتزام العيني هو من جهة إلتزام يوافق الإلتزام الشخصي لكونه يجبر مدينا معينا نحو دائن معين على أداء عمل ما.

ومن جهة أخرى فهو يختلف عن الإلتزام الشخصي ويتفق مع الحق العيني في خصائص ثلاث هي :

1. أنه يتركز على عين معينة بالذات فيقتصر ضمانه على العين التي ترتب الإلتزام بسببها على خلاف الإلتزام الشخصي، الذي يكفله الضمان العام على جميع أموال المدين.
2. أن ترتيبه قائم بسبب ملكية العين فهو يدور مع الملكية وجودا وعدما، بل ينتقل إلى من إنتقلت إليه ملكية العين.

---

[1] د/ عبد العزيز أبو غنيمة : المرجع السابق، ص 740.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع نفسه،ج 08 ص 191.

3. أنه مادام لم يترتب إلا بسبب ملكية العين، فيمكن التخلص منه بترك العين أو التخلي عنها.

ومهما كانت الطبيعة القانونية للإلتزام العيني، فهي تنتهي بنا إلى نفس النتيجة المتمثلة في وجود علاقة بين الإلتزام والعين، مما يجعله ينتقل معها إلى الخلف الخاص.

إذ لا يمكن للدائن بإلتزام عيني المطالبة به، إلا إذا وجدت رابطة بينه وبين الشيء المستقل بالإلتزام العيني، وهذه الرابطة لا تتحقق إلا باللجوء إلى فكرة الحق العيني، وذلك لأن خاصية نفاذه في مواجهة الغير تعطي لصاحبه الحق في المطالبة بإحترامه.

إذ تبقى فكرة الإلتزامات العينية تبرر إنتقال بعض الإلتزامات إلى الخلف بإعتبارها من ملحقات الحق العيني، أما إنتقالها مستقلة عن حق عيني معين فليس له مبرر، هذا وإن القضاء الفرنسي لا يقبل إنتقال الإلتزامات العينية بصفة مستقلة عن الحق العيني[1].

الفرع الثاني

الإلتزامات الشخصية

إذا كان الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يخول للدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن العمل، والحق الشخصي هنا الإلتزام، ويسمى حقا إذا نظر إليه من جانب الدائن ويسمى دينا إذا نظر إليه من جانب المدين[2] ، فالحق الشخصي أو الالتزام عبارة عن علاقة واحدة [3].

وإن وجود هذا الإلتزام الشخصي لا يحد من الحق العيني لكنه يمكن أن يحد من الحقوق الشخصية فقط.

ومن أهم الأمثلة التي نوردها لإبراز فكرة الالتزامات الشخصية هي :

- الإلتزام بعدم المنافسة في بيع المحل التجاري والإلتزامات الناشئة عن نظام الملكية المشتركة.

---

[1] د/ محمدي فريدة : المرجع السابق، ص 151.

[2] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج2، الإلتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968، ص 103.

[3] د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص 07.

فإن هاته الإلتزامات مبدئيا لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا إذا أمكن تحويلهما إلى تكاليف عينية كحقوق إرتفاق وهو الأمر الذي سنتطرق له بالتفصيل من خلال المبحثين اللاحقين.

والخلاصة التي نصل إليها في تحديد الإلتزامات التي يمكن تحويلها إلى حقوق إرتفاق، أننا نكون بصدد تطبيق مباشر لفكرة الحق العيني كلما كان الأمر يشكل إرتفاقا فعليا أو حتى ملحقات فعليه له أو إلتزامات سلبية تختلط مع حق الإرتفاق وتندمج معه كإلتزامات عينية بإعتبارها إمتدادا للحق العيني أو لأنها من ملحقاته.

لكن كلما إبتعدنا عن شروط حق الإرتفاق، بأن كان الحق لمصلحة شخصية أو كان يحد من حرية الشخص، أو مجرد إلتزام شخصي فعلي، فلا نكون بصدد حق عيني وبصفة خاصة حق إرتفاق، إلا عن طريق تحويل بعض هذه الإلتزامات الشخصية إلى حق عيني، وهو ما يلجأ إليه القضاء خاصة الفرنسي، وإستند في ذلك إلى فكرة الحق العيني ما دام نافذا في مواجهة الجميع، فيمكن على هذا الأساس تحويل الإلتزامات إلى حق عيني(1) ، وهنا أنشأ القضاء الفرنسي حقوقا عينية من نوع خاص لإمكانية تحويل هاته الإلتزامات إلى حق عيني كحق الإرتفاق أو حق عيني من نوع خاص يؤدي بالخروج عن المعنى التقليدي للحق العيني وتجاوز بعض الشروط والخصائص الضرورية في حق الإرتفاق العيني.

وسوف نتناول في هذا الصدد تطبيقين هامين تنطبق عليهما إمكانية التحويل هذه ونفرد لكل منهما مبحثا خاصا نظرا لما تشكله كل حالة منهما من أحكام خاصة تستوجب الدراسة للوصول إلى تأكيد الجواب حول قيام إمكانية التحويل من عدمه؟

وللجواب على السؤال الهام ما مدى إمكانية توسيع مفهوم حق الإرتفاق ؟

وإلى أي حد يمكن تجاوز مفهومه العام التقليدي ؟

---

[1] د/ محمدي فريدة، المرجع نفسه، ص 135.

المبحث الثاني

في تحويل إلتزامات

الملكية المشتركة لحقوق إرتفاق

إن موضوع الملكية المشتركة يزداد أهمية الآن مع الانتشار التوسع العمراني والكثافة السكانية، حيث تزداد حركة البناء بشكل كبير ويتم التوجه لبناء مساكن مشتركة لصعوبة الاستقلال بمسكن منفرد لارتفاع أسعار الأراضي ومواد البناء.

وإن كثرة العمارات وتقسيمها إلى طوابق متعددة يفرض نظاما يحكم هذا الإطار يستلزم احترامه على الكافة[1].

ويعتبر نظام الملكية المشتركة من التطبيقات الصحيحة لفكرة الحق العيني وبصفة أخص حق الإرتفاق.

لقد تطور هذا النظام حيث عرفته العديد من الأنظمة منذ القدم، إذ يروى أن رجلا من مدينة سبار في دولة بابل كان يملك دارا من طابقين باع السفلى منها واحتفظ بالعلو، كما عرفه أيضا الكلدانيون، ومنذ نشأة الدولة الإسلامية تولى الفقهاء المسلمون تنظيم أحكام علاقة صاحب العلو بصاحب السفل وأحكام الحائط المشترك وإلتزامات الجوار وحقوق الإرتفاق، أما أوروبا فالراجح أنها لم تعرف هذا النظام إلا في القرون الوسطى[2].

والقانون الجزائري نص على هذا النظام وتناول أحكامه سواء ضمن أحكام القانون المدني أو في قوانين ومراسيم خاصة التي تعدل وتتمم أحكام هذا النظام في القانون المدني.

ولقد إختلف الفقهاء في تعريف الملكية المشتركة وتمييز طبيعتها القانونية عن غيرها من المفاهيم الأخرى المقاربة لها في المعنى بالرغم من الإختلاف في الأحكام.

فبالنظر لوجود هذا الإختلاف الفقهي والقانوني لمفهوم نظام الملكية المشتركة، إذ أننا نتناول في المطلب الأول محاولة تعريفها وبيان طبيعتها، ثم نتطرق في المطلب الثاني لتناول أهم أحكامها في العقارات، ومقارنتها بأحكام حق الإرتفاق السالفة، وتحديد

---

[1] د/ محمدي فريدة، مقال في مجلة العلوم القانونية والسياسية، ج 37 رقم 02، سنة 1999 ، ص 155.

[2] د/ عبد الناصر توفيق العطار : تمليك الشقق والطبقات، مطبعة السعادة، القاهرة، سنة 1977، ص 02.

مدى إمكانية إعتبار الإلتزامات التي تنشأ بصددها بين الملاك المشتركين حقوق إرتفاق؟

المطلب الأول

تعريف نظام الملكية المشتركة

نتناول هذا المطلب بهدف تجنب أي لبس بصدد تحديد مفهوم الملكية المشتركة - بالتطرق إلى تعريفها وطبيعتها القـانونية، ومدى إختلافها عن أحكام بعض المفاهيم المتقاربة -، كالملكية الشائعة وحقوق الإرتفاق والشيوع الجبري، وهذا من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول

التعريف الفقهي والقانوني

***/ يعرفها الفقهاء الفرنسيين بأنها :**

<< الملكية المشتركة يمكن تعريفها بأنها حق الملكية المخول لمجموعة من الأشخاص على نفس الشيء غير قابل للقسمة بينهم والذي لا يكون لأي واحد منهم بصفة منفردة**>>**[1].

[1]Claude Renard et Jacques Hansemme : La Propriété des Choses et les Droits Réels Principaux, Presse Universitaire de Liege, Volume III, P 433.

/* التعريف القانوني :

تضمن القانون المدني بالقسم الخامس من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث بعنوان ((الملكية المشتركة في العقارات المبنية)) وبالتحديد في نص المادة 743 منه جاءت بـ :

<<الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة>>.

يظهر من خلال هاته المادة بأن المشرع الجزائري حاول تقديم تعريف للملكية المشتركة، لكنه في حقيقة الأمر لم يقدم إلا وصفا لها، بإعتبارها حالة قانونية يكون عليها العقار المبني أو مجموع العقارات المبنية، ثم تطرق لتكييف حق الملكية على الأجزاء الخاصة، وتكييفه في الأجزاء المشتركة، إذ لم يعرف هاته الأجزاء بل اكتفى بتعدادها.

"غير أنه وفي مراسيم تشريعية خاصة جاءت لاحقة للقانون المدني، فعلاوة على تناول لتحديد هاته الأجزاء فإنه تناول تعريفها وهي :

المرسوم رقم 76-146 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء[1].

ثم جاء التعديل بالمرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

ونلاحظ أن هذا المرسوم كان يسمي الأجزاء الخاصة بالأجزاء المانعة وأصبحت تسمى بالخاصة بعد التعديل الواقع على المرسوم بمرسوم لاحق تحت رقم : **83– 666.**

فإن تعريف الأجزاء المانعة في المادة **7 من المرسوم : 146/76** نصت على:

<< أن الأجزاء المانعة هي الأجزاء المملوكة بوجه التقسيم من طرف كل مالك شريك وتكون مخصصة لإستعماله فقط، أي الأماكن الداخلة في حصته مع جميع ملحقاتها>>

---

[1] المرسوم رقم : 76-146 الصادر بتاريخ 1976/10/23 المتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء.



وجاء المرسوم **83 – 666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983** يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية[1]**.**

ففي المادة **2** يعرف الأجزاء الخاصة بأنها : **<< الأجزاء الخاصة هي الأجزاء التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع المرافق التابعة له>>.**

وإن تعريف هاته المادة لا يختلف عن المادة التي سبقتها، إلا في إعادة تسمية الأجزاء المانعة بالخاصة.

بينما الأجزاء المشتركة فتم تعريفها بالمادة **10 من المرسوم 76- 146** بما يلي: **<<إن الأجزاء المشتركة هي التي تكون مملوكة بالشيوع لمجموعة المالكين الشركاء ولكل منهم بالنسبة للنصيب المتعلق بكل حصة والتي تكون مخصصة لإستعمال أو لإنتفاع جميع المالكين الشركاء أو عدة شركاء منهم >>.**

ولم يختلف التعريف كثيرا في **المرسوم 83- 666،** إذ نصت المادة **5** منه على :

<<إن الأجزاء المشتركة هي التي يملكها على الشياع جميع الشركاء في الملك كل حسب الحصة العائدة إلى كل سهم والمخصصة لإستعمال أو لإنتفاع جميع الشركاء أو كثير منهم..>>.

ويضاف إلى ذلك أنه من خلال **المرسوم 76 – 146 وبالمادة 2**، إعتبر المشرع نظام الملكية المشتركة بمثابة الملكية الجماعية.

<u>ومن خلال التطرق لكلا التعريفين الفقهي والقانوني نحاول أن نعطي تعريفا جامعا لنظام الملكية المشتركة المتمثل في :</u>

<< الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، وتكون الملكية لجماعة من الجماعات، إذ يتملكها الشخص المعنوي، وذلك من خلال مساهمة كل شريك فيها بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم على تحقيقه منفردا، فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين وتسمى في الإصطلاح Propriété Collective >>.

---

[1] المرسوم رقم 83-666 مؤرخ في 1983/11/12 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

يتطلب حسن الإلمام بالموضوع، التصدي لمدى ترابط وإختلاف نظام الملكية المشتركة عن بعض المفاهيم المقاربة له والتي قد تختلط به وكذلك بالتطرق لتحديد طبيعته كما سيأتي.

الفرع الثاني

المقارنة بين نظام الملكية المشتركة ومفاهيم مقاربة

سوف نتناول المقارنة بين الملكية المشتركة والشيوع العادي وبينها وبين الشيوع الجبري.

1- اختلافها عن الملكية المفرزة والشيوع العادي :

إذا كانت الملكية المشتركة بالتعريف السالف لنا تفصيله فما هي أوجه الاختلاف والتقارب بينها وبين أنظمة مشابهة لها خاصة، عن الملكية الفردية والشائعة وكذا الشيوع الجبري. فإن الملكية الشائعة تختلف عن الملكية المشتركة ذلك أنها تعتبر وسط ما بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية) فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات، وهذا ما يميزها عن الملكية المفرزة.

والشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل شريك حصة فيه وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية).

فالملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا فردية ، فهي ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ولا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه مفرزة أو شائعة، إذ أن كل شريك في الملكية المشتركة يقدم نصيبه يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الجماعة دون أن تكون لها شخصية معنوية، أما الملكية الشائعة فهي ملكية فردية لا جماعية لأن كل شريك على الشيوع يملك مفردا حصة في المال الشائع وينصب حقه على هذه الحصة مباشرة[1].

2/ علاقتها بالشيوع الجبري

---

[1] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 79-80.

يعرف الشيوع الجبري لدى بعض الفقهاء بأنه : <<حالة بقاء الشيء مملوكا أو منتفعا به على وجه الدوام أي يبقى المال مشاعا بين الشركاء ولا يجوز طلب القسمة فيه ويرجع ذلك، إما بسبب طبيعته التي تأبى الإنقسام أو بسبب الغرض الذي أعد له>>[1].

ويظهر أن مختلف القوانين الوضعية خاصة العربية، أنها تطرقت لنظام الملكية المشتركة وتناولته تحت تسمية الشيوع الجبري، ووضعت لهاته التشريعات صورتين من صور الشيوع الجبري وهما – الحائط المشترك وملكية الطبقات.

فعرفت الشيوع الجبري على أساس طبيعته التي لا تقبل القسمة بحسب الغرض الذي أعد له هذا المال للإبقاء عليه، وهو طابع الديمومة.

أمـا الفقـه والقانـون الفرنسـ ـي فيتكلم على نظـام الملكية المشتـركـة **La Copropriété**، ولم يرد فيه عبارة الشيوع الجبري مع أنه يتكلم على نفس الأحكام من أهمها خاصية عدم إمكان قسمة الشيء المملوك جماعيا[2].

فهل يعد نظام الملكية المشتركة في القانون الجزائري هو نفسه الشيوع الجبري؟

ومن خلال التعاريف السابقة، فقها وقانونا، هل المشرع الجزائري يقدم نفس الأحكام ونفس المفهوم **؟**

نص المشرع الجزائري في المادة 722 من القانون المدني على :

<< لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبر على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق>>.

وقد جاء هذا النص في القسم الرابع الخاص بالملكية الشائعة من الفصل الأول :

ومن خلال المادة يتضح بالفعل وجود فكرة الشيوع الجبري في القانون الجزائري بمعنى توجد أموال شائعة لا يمكن قسمتها، لكن الأسئلة التي يمكن أن تطرح هي : لماذا المشرع الجزائري تناول أحكام هاته المادة ضمن أحكام الملكية الشائعة أي الشيوع العادي**؟**

- فهل هذا يعني أن الشيوع الجبري يختلف عن نظام الملكية المشتركة **؟**

---

[1] د/ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ج 1 ، جامعة الدول العربية ، سنة 1964، ص 141.

[2] Claude Renard et Jacques Hansenne, op.cit p 434.

غير أن المشرع فعلا لما تناول أحكام الملكية الشائعة شيوعا عاديا، فإنه سعى لإنهاء حالة دوام الشيوع هاته بالخروج منها بالقسمة وذلك هو الأصل ومصير كل مال شائع في ذلك مصلحة إقتصادية هامة، لإخراج هاته الأموال من حالة الركود إلى حالة التداول.

وكذلك الأمر عندما تناول المشرع الملكية المشتركة -بإعتبارها كإستثناء على الأصل- فعلاوة على الفقرة السابقة من المادة **722** التي توضح من خلالها أنه كما توجد أموال شائعة قابلة للقسمة توجد أموال يكون صاحبها مجبرا على البقاء في الشيوع، فيكون قد وضع الإستثناء على الأصل الذي بينه في الشطر الأول من المادة **722**.

وزيادة للتوضيح أكثر، فإن المشرع الجزائري عندما تطرق في القسم الخامس إلى أحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية من الفصل الأول المواد : 743 وما بعدها من القانون المدني، تناول في المادة **747** منه نفس حكم الشيوع الجبري وهو كما جاء في النص: **<<لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة والحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة>>.**

وإن وضع الملكية المشتركة هنا هو كإستثناء للأصل المتعلق بالخروج من الشيوع بالقسمة.

وإستبقاء بعض الأجزاء المشتركة في شيوع جبري غير قابل للقسمة له غاية أيضا، لأن الملكية المشتركة وضعت على هذا النحو لتفي بمنفعتها الكاملة وهي في حالة إشتراك بحيث لو إرتفعت هاته الحالة لزالت منفعتها وعادت بالضرر على أصحابها قد تؤدي إلى الفتنة.

فالحقيقة أن الملكية المشتركة الجبرية معدة لمنفعة إقتصادية لا تقل أهمية عن المنفعة الإقتصادية للملكية المفرزة، لأنها تكفل إستغلال العقارات المال المشترك لخدمتها كما تحقق أغراضا إجتماعية تهدف للوفاق بقدر ما يمكن أن تثيره الملكية القابلة للقسمة من نزاع[1].

فإن موقف المشرع الجزائري يتبين من خلال الأحكام التي وضعها لنظام الملكية المشتركة والتي تتشابه وتكاد تكون نفس الأحكام الموضوعة للشيوع الجبري المعروف في أنظمة أخرى، ولزيادة تحديد معنى هذا النظام أكثر نتولى تحديد طبيعته

---

[1] د/ حامد مصطفى، المرجع السابق، ص 142.

القانونية وبالأحرى طبيعة حق الشريك في الملكية المشتركة هل هو حق ملكية كامل أم حق ملكية شائعة أم من قبيل حقوق الإرتفاق ؟ وهل يعتبر حق عيني أم شخصي ؟

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للملكية المشتركة

إن الجواب على الأسئلة المطروحة آنفا، يقتضي منا البحث عن التكييف القانوني لحق الشريك في الملكية المشتركة بتحديد طبيعته ؟

فباعتبار إختلاف الأنظمة الفقهية في تكييف هذا الحق فإننا نتطرق لأهم هاته الآراء لنصل إلى تحديد الرأي الصائب.

الفرع الأول

طبيعة حق الشريك في الملكية المشتركة

1/ الرأي الذي يأخذ بأنه حق إرتفاق :

يذهب هذا الرأي لإعتبار أن حق الشريك في الملكية المشتركة بتحديد طبيعته بأنه بمثابة حق إرتفاق متبادل بين جميع الشركاء ذلك أن لكل شريك فيه ملكية مفرزة محملة بحق إرتفاق لملكية الشركاء الآخرين.

ويعتمدون على أساس اتحاد الهدف العملي بينهما ، ذلك أن حق الشريك ينطوي على ملكية مفرزة لكل شريك مع تحمل هذه الملكية بحق إرتفاق للشركاء الآخرين فالهدف العملي المقصود هنا هو تيسير الانتفاع بالعقارات التي يملكها كل من الشركاء كملكية مفرزة، وهو ما يمكن الوصول إليه عن طريق تقرير حق ارتفاق على ملكية مفرزة لأحدهم، فيستطيع المتقاسمون بدلا من إبقاء الفناء أو الممر مشتركا أن يضعوه في نصيب أحدهم مع تقرير حق ارتفاق عليه لفائدة الأجزاء التي اختص بها الباقون[1].

وينتقد هذا الرأي من طرف آخرين، إذ يقولون بوجوب التفرقة في ذلك على أساس أن : الإرتفاق هو حق يرد على ملك الغير أما في الشيوع فليس هناك ملك

---

[1] د/ نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 231.

للغير، فلا يستعمل المالك حقه على ملك شخص آخر بل يستعمل حقه هو حق المشاع هو حق ملكية، أما حق المرتفق فهو حق متفرع عن الملكية يتقرر على ملك الغير[2].

كما ينتقد أيضا بأنه بعيد عن الصواب، ذلك أنه ليس هناك إرتفاق لملك على ملك، ولا يوجد عقار مرتفق وعقار مرتفق به، بل يوجد لجميع الشركاء حقوق متساوية على مجموع الشيء يباشرونها في الملك، ومن أجل ذلك، يجمع الفقهاء وحتى القضاء، سواء في فرنسا أو في مصر على رفض هذا الرأي[3].

<u>*/ النتائج المترتبة على عدم إعتبار هذا الحق بمثابة إرتفاق :</u>

أ) أن حق الشريك لا يسقط بعدم الإستعمال مهما طالت المدة، لأنه يعتبر حق ملكية كما سيأتي بيانه، بينما حقوق الإرتفاق تسقط بعدم الإستعمال لمدة 10 سنوات في القانون المدني الجزائري، المادة **879** منه.

ب) كما أن حق الشريك في الملك لا يخول له تغيير الغرض الذي أعد له الشيء، إلا بموافقة جميع الشركاء، غير أن مالك العقار المرتفق به، يكون له طلب نقل الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة **13 من المرسوم 666/83** الصادر بتاريخ **12 جانفي 1983،** الذي حدد القواعد المتعلقة **<<لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة ولا على الخدمات المشتركة مثل المصاعد وقنوات توزيع الماء والغاز والكهرباء... إلا بموافقة الشركاء الآخرين >>.**

<u>2/ الرأي الذي يعتبر حق الشريك كحق الملكية في الشيوع العادي :</u>

وأهم من أخذ بهذا الرأي القانون المدني السوري، بشأن الأجزاء المشتركة والمعدة للإستعمال المشترك في ملكية الطبقات بالتحديد المادة **811** منه، ورغم إتجاه عدة فقهاء للأخذ بهذا الرأي[1]، غير أنه لم يسلم من الإنتقاد، إذ يجب طرح السؤال هل

---

[2] د/ أحمد سلامة : المرجع السابق، ص 433.

[3] د/ فرج الصدة : المرجع السابق، ص 254.

[1] د/ وحيد الدين سوار : المرجع السابق، ص 256 الهامش 2.

فعلا حق الشريك في نظام الملكية المشتركة له نفس أحكام وطبيعة حق المالك على الشيوع ؟ وما هي نقاط الإختلاف والإلتقاء بين الملكية المشتركة والملكية الشائعة **؟**

فالملكية الشائعة هي صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكا لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا في الشيء ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه وبذلك يكون حق الملكية منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم نصيب كالنصف أو الثلث أو الربع[2]**.**

وإن حق الشريك في الشيوع العادي، هو حق ملكية بالمعنى الحقيقي وينصب على حصته الشائعة وليس على كل المال الشائع، وقد عرفت المادة **713** من القانون المدني الملكية الشائعة وحددت المادة **714** من نفس القانون طبيعة حق الشريك في الملك الشائع بأنه حق ملكية تام بقولها : **<< كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما>>.**

وعلى هذا الأساس هناك جانب من الفقه يعتبر الملكية الشائعة بأنها وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية، لأن الفرق واضح بين هاتين الملكيتين.

فالملكية المشتركة إذا هي ملكية جماعية لا ملكية فردية، ذلك أن المالك فيها هو جماعة من الناس لا يملك أي واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، بل أن الكل يملكون مجتمعين دون أن تكون لهم شخصية معنوية – كل الشيء المملوك والملكية الشائعة هي ملكية فردية لا مشتركة لأن كل شريك يمتلك حصته في المال الشائع.

وعلى هذا الأساس، فإن الملكية المشتركة تختلف عن الملكية الشائعة، ذلك لأن الملكية تنقسم إلى فردية وجماعية، والملكية الفردية قد تكون مفرزة أو شائعة[1]**.**

3/ <u>الرأي الذي يعتبر حق الشريك في الأجزاء المشتركة ملكية جماعية</u> :

هناك رأي مأخوذ به خاصة في مصر وفي فرنسا، يعتبر مالك الشقة أو الطابق يملك منها أجزاءًا مفرزة ويملك معها على الشيوع حصة في الأجزاء المشتركة.

---

[2] د/ زهدي يكن : الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المرجع السابق، ص 137**.**

[1] د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، ج 8 ، ص 799.

ولذلك يعرف الفقه الفرنسي الملكية المشتركة بأنها ملكية مجموعة من الأشخاص على الشيء غير القابل للقسمة بينهم[2].

ويستخلص من هذا الرأي عدة نتائج هي :

- أن تكون هذه الأجزاء مملوكة لجميع ملاك الشقق ملكية جماعية.
- أن تضل هذه الأجزاء على حالة الشيوع الجبري الدائم لأنها مخصصة لخدمة المبنى كله.
- أن يكون نصيب كل مالك لشقة في هذه الأجزاء المشتركة تابعا لملكتيه المفرزة للشقة، ولا يجوز التصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الشقة التي يملكها.
- أنه لا يجوز إحداث تعديل في الأجزاء المشتركة إلا بموافقة جميع ملاك الشقق في العمارة.
- أن الأجزاء المشتركة مخصصة للاستعمال المشترك، إذ يشترك كل الملاك في تكاليف حفظها وصيانتها[3].

ومن خلال كل ذلك، يبقى لنا أن نبحث حول طبيعة حق الشريك في نظام الملكية المشتركة هل هو حق عيني أم حق شخصي**؟**

---

[2]Claude Renard et Jacques Hansenne : Op.cit, P 433.

[3] د/ عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق، ص 44.

الفرع الثاني

حق الشريك في الملكية المشتركة

شخصي أم عيني

سبق أن حددنا أن الشريك في الملكية الشائعة يعتبر مالكا لحصته تماما كما نصت المادة **714** من القانون المدني، وبالتالي فإنه يكون صاحب حق عيني على الشيء، رغم إنتقاد هذا الرأي على أساس عدم وجود محل أو شيء مفرز محدد ماديا.

أما حق الشريك في الملكية المشتركة فهو عندما يقدم كل شريك نصيبه مع الشركاء الآخرين فإنه بالتالي يفقد حقه العيني عليه لينتقل إلى الجماعة، ويتحول حقه إلى مجرد حق شخصي في إستغلال الشيء ولا يعود للشريك حقه العيني إلا بعد قسمة الأموال، نتيجة تصفية الشركة[1].

وعلى هذا الأساس، ما دامت طبيعة هذا الحق أنه حق شخصي، فهل يمكن من ثم القول، بتحويل أو الإرتقاء بالإلتزامات والتكاليف الناشئة عن نظام الملكية المشتركة بين الشركاء إلى حد أن تصبح بمثابة إرتفاقات؟ وما مدى إعتبار المشرع لها كإرتفاقات؟

وإن هذا الأمر، سنتطرق إليه في المطلب الثاني لهذا المبحث عند دراستنا أحكام وأثار هذا النظام.

---

[1] د/ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 140.

المطلب الثالث

أحكام وآثار نظام الملكية المشتركة

في القانون الجزائري

بالنظر لما سبق وأن أبرزناه في المبحث الأول من هذا الفصل حول تحديد الإلتزامات التي يمكن أن تتحول إلى حقوق إرتفاقات عينية، وصلنا إلى نتيجة وهي إمكانية ذلك على أساس فكرة الحق العيني لما يمكن أن تشكله من إرتفاقات فعلية أو تعتبر من ملحقاتها.

فبشأن الإلتزامات الشخصية لا تكون في إطار حق عيني، وعلى الأخص حق إرتفاق إلا بإمكانية تحويلها.

وإن نظام الملكية المشتركة بما ينشأ عنه من إلتزامات ذات طابع شخصي كما توصلنا له، فإن السؤال الذي يطرح هنا، هل أن التكاليف التي يشكلها هذا النظام على عاتق الشركاء وبمعنى أصح هل الإلتزامات التي تنشأ عنه تشكل حقوق إرتفاق يلزم بإحترامها كافة الشركاء ؟

إن جوابنا على هذا السؤال المهم يقتضي منا البحث في أحكام هذا النظام وكيفية تطبيقه وإستعماله، ونتناول ذلك في إطار الأحكام التي تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني وفي النصوص التنظيمية.

غير أننا نرى من اللازوم بما كان أن نتطرق في مقدمة هذا المطلب إلى تطور نظام الملكية المشتركة في مختلف الأنظمة الأخرى لنقارنه مع القانون الجزائري.

لقد نظم الفقه الإسلامي أحكام ملاك الشقق والطبقات على أساس التفرقة بين العلو والسفل وهي تفرقة كانت أصلا للطبقات يعلو بعضها فوق بعض وليس هناك ما يمنع قياس الشقق عليها لعلوها فوق بعض، وكذلك الأمر بالنسبة للشقق المتجاورة فهي كالمباني المتجاورة والتي لها أحكامها في باب الحائط المشترك[1]، فالفقه الإسلامي لا يستبعد فكرة الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة، وإنما يضيف لها فكرة الإرتفاقات وتتميز أحكامه بما يلي :

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 204.

1. التوسع في الأجزاء الخاصة لكون الشخص يهتم بملكه الخاص أكثر من اهتمامه بالملك الشائع مع غيره.
2. لا يثبت الملك الشائع إلا بالقدر الضروري كما في الأجزاء التي لأصحابها فيها مصالح تجعلهم أكثر اهتماما بها، فتضيق دائرة الأجزاء المشتركة مع الحد من تعدد الملاك قدر الإمكان.
3. أما من كانت له مصالح عابرة، فيثبت له حق إرتفاق لتمكينه من الحصول على مصالحه هذه.

أما القوانين الوضعية ومن أمثلتها القانون الفرنسي فتطرق إلى ملكية الطبقات وأخذ بنظام حديث بشأنها وهو نظام الأجزاء الخاصة المفرزة والأجزاء المشتركة التي تنطبق عليها أحكام الشيوع الجبري.

وإن إستحداث هذا النظام جاء لأنه يتماشى مع حالة العمارات حاليا المتكونة من عدد كبير من الطبقات والشقق .

أما القوانين العربية منها المصري واللبناني، فقد خلطت بشأن ملكية الطبقات بين الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في ملكية السفل والعلو، وبين النظام الحديث للقانون الفرنسي.

وأخذت كقاعدة عامة بالنظام الحديث وإستثناء عند عدم وجود نص، يلجأ لأحكام الشرع الإسلامي حول ملكية السفل والعلو.

أما المشرع الجزائري فإنه وأثناء تطرقه للملكية المشتركة للعقارات المبنية في القانون المدني تناول تقسيم الأجزاء في العقار المشترك إلى خاصة ومشتركة، ويكون هنا قد أخذ بنفس أحكام القانون الفرنسي.

كما أورد المشرع نصوصا تنظيمية ضمن من خلالها هذه الأحكام :

* المرسوم رقم : **76– 146 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976** يخص النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة أجزاءا.

* المرسوم رقم : **83 – 666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983** يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

إذ تناول المشرع نظام الملكيـة المشتركـة في العقـارات فـي نوعين بخصـوص العقـارات المبنيـة ويقصـد العمارات – والعقـارات المقسمـة أجـزاءا Les Lotissements.

وأن هذا النظام له أهمية خاصة وذلك لما يلاحظ اليوم من تدهور في العمارات أو العقارات المجزأة إلى ملكية مشتركة خاصة لنقص صيانتها وحتى انعدامها لكون أغلبية الشركاء يتكفلون فقط بالأجزاء الخاصة لكونهم يشعرون بملكية كاملة تجاهها فيحاولون القيام بتعديلات قد تنقص من قيمة الأجزاء المشتركة وهو ما يؤثر على القيمة الجمالية والمادية لكل البناية ومظهرها الخارجي وهذا ما يتطلب إعادة النظر في طريقة تسيير هذه العمارات وأن يدرك الشركاء مسؤوليتهم وأن تسخر أموال كافية لأعمال الصيانة وأن يقوم المتصرف بدوره على أكمل وجه[1].

الفرع الأول
أحكامها في العقارات المبنية
والعقارات المقسمة إلى أجزاء

سبق أن قلنا بأن نظام الملكية المشتركة معروف بشأنه نظامان في القانون الوضعي أو في الفقه الإسلامي، وكلاهما يفرق بين الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة.

إن المشرع الجزائري تضمن ضمن أحكام القانون المدني بصدد نظام الملكية المشتركة للتفرقة بين العقارات المبنية والعقارات المقسمة أجزاءا.

---

(1) د/ محمدي فريدة، المقال الوارد بالمجلة، مرجع سابق ، ص 155.

أما العقارات المبنية فنعني بها العمارات في المجال التطبيقي، وأما العقارات المقسمة إلى أجزاء والتي تسمى اصطلاحا " Les Lotissements"، والتي يعرفها الفقه الفرنسي على أنها : " مجموع البناءات الموجهة للسكن والتي تهدف في نفس الوقت لتحقيق المصلحة العامة المشتركة لفائدة كل المشتركين"[1].

وإن هاته الطبيعة الخاصة للعقارات المقسمة أجزاء تغير من الطبيعة الكلاسيكية لحقوق الإرتفاق، وذلك أمر مهم لأن الإرتفاقات لابد من أن تهتم بالمصالح المشتركة والتي يجب أن يكون أصحابها مرتاحون لحقوقهم في هذا المجموع المشترك وفي ممارسة حق الملكية، وملكيتهم تفرض عليهم حقوق إرتفاق عقارية متبادلة فيما بينهم، وتلك هي خاصية العقارات المقسمة إلى أجزاء التي تتميز من خلال نظامها الخاص والمؤسس على شبكة إرتفاقات متبادلة والتي ليست دائما كالإرتفاقات في القانون العام[2].

وقد تناول المشرع في القانون المدني تحديد الأجزاء التي تعتبر خاصة والتي تعتبر مشتركة في نطاق نظام الملكية المشتركة، فجاء به في المواد **744 و745**.

وقد تضمن في مراسيم تنظيمية سبق ذكرها تنظيم أحكام الملكية المشتركة.

<u>*/ تحديد الأجزاء الخاصة والمشتركة :</u>

إن معيار التفرقة بين كلاهما يرجع إلى سند الملك ذاته ونوع الإنتفاع، بمعنى إذا كان جزء من العمارة معدا للاستعمال الخاص كان هذا الجزء خاصا، وإذا كان جزء من العمارة معدا للاستعمال المشترك كان هذا الجزء مشتركا[3].

ويتم التحديد سواء بالاتفاق بين الشركاء كما أنه غالبا ما تتضمن سندات الملكية مثل هذا التحديد[4].

---

[1] Jean Louis BERGEL : Les servitudes de lotissement à usage d'habitation, Librairie Générale de Droit et de Juris Prudence, Paris, 1993, P 71.

[2] Jean Louis BERGEL : Opcit, P 301.

[3] د/ عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق، ص 33.

[4] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 168

1/ الأجزاء الخاصة :

بالرغم من تناول المشرع لتحديدها أولا في القانون المدني وذلك من خلال ما نصت عليه المادة **744** منه[1] .

إلا أنه يلاحظ أن المشرع لم يقم بتعريف صريح للأجزاء الخاصة بل يكون قد ترك الأمر إلى المراسيم التشريعية فقد جاء في المادة **748** من القانون المدني المعدلة بقانون رقم: **83-01** على أنه :**<< يحدد نظام الملكية المشتركة مصير الأجزاء المشتركة الأجزاء الخاصة وبكيفيات الإنتفاع بها وكذا القواعد المتعلقة بإدارة هذه الأجزاء وتسييرها>>.**

ومن هنا جاء المرسوم : **76 – 146** - في القسم الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني بعنوان : تحديد وتشكيل اللأجزاء الخاصة ونصت المادة 7 منه:**<< إن الأجزاء المانعة هي الأجزاء المملوكة بوجه التقسيم من طرف كل مالك شريك وتكون مخصصة لإستعماله فقط، أي الأماكن الداخلة في حصته مع جميع ملحاقاتها>>**[2]**.**

وقد سماها المشرع هنا الأجزاء المانعة ويقصد بها الأجزاء الخاصة.

ونفس الشيء جاء به **المرسوم 83 – 666** في المادة **2** حول تعريفه للأجزاء الخاصة مع ملاحظة أن هذا المرسوم سماها الأجزاء الخاصة[3]**.**

أما تحديدها **:** فكما جاءت به المادة **744** السالفة من القانون المدني، فإن المادة **8** من **المرسوم 76-146** والمادة **3** من **المرسوم 83 – 666** حددت أهم الأجزاء التي يمكن إعتبارها خاصة ضمن المجموع العقاري ووضعت **13** جزءا بكل جزء عدة عناصر ويجدر التذكير أنه : في آخر فقرة **13** من كلا المادتين تضمنت عبارة : **<< وبشكل عام كل ما هو مندرج داخل المحلات مما هو مخصص لإستعمال ساكنيها لا غير>>.**

فمن خلال هاته الفقرة فإن التحديد الوارد في كلا المادتين لا يعتبر وارد على سبيل الحصر، بل أنه يمكن أن توجد أجزاء أخرى لم يحددها القانون، بإعتبار أنها مخصصة للإستعمال الخاص يمكن إعتبارها كذلك.

---

[1] أنظر نص المادة كاملا في القانون المدني الجزائري.

[2] المرسوم رقم :76-146 المؤرخ في 1976 يتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات أجزاء.

[3] المرسوم 83 – 666 مؤرخ في 12 نوفمبر 1983 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العقارات الجماعية.

<u>2/ الأجزاء المشتركة</u> :

فهي أيضا لم يعرفها المشرع صراحة في القانون المدني وإنما جاء بتحديدها في آخر فقرة من المادة **744** المتعلقة بتحديد الأجزاء الخاصة دون الجدران الأساسية في البناء.

وجاء في المادة **745** بتحديد ما يعتبر من العقار المشترك في الملك أجزاءًا مشتركة، سواءا بصفة أصلية، أو كحقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة كما جاء في الفقرة **3** من نفس المادة (02)**.**

أما في المرسومين **76 – 146 و 83 – 666** ، فقد تناولت كلا من المادتين **10** من الأول و5 من الثاني تعريف هاته الأجزاء :**<<أن الأجزاء المشتركة هي التي تكون مملوكة بالشيوع لمجموعة المالكين الشركاء ولكل منهم بالنسبة للنصيب المتعلق بكل حصة والتي تكون مخصصة لإستعمال أو إنتفاع جميع المالكين الشركاء أو عدة شركاء منهم،**

وأن الأجزاء المشتركة تكون حسب كل حالة موزعة على ثلاثة أصناف>>.

فقد جاء ت المواد: **11 و 12 و13** من **المرسوم 76–146** والمواد **6-7-8،** من **المرسوم 83-666** بتحديد الأجزاء المشتركة وتقسيمها إلى ثلاثة أصناف.

وعلى حسب إعتقادنا فإن تحديد المشرع الجزائري للأجزاء المشتركة هنا لم يكن على سبيل الحصر كذلك، وإنما ترك المجال إلى إمكان وجود أجزاء أخرى لم يذكرها، بدليل تطرقه المشرع لتصنيفات عدة لهاته الأجزاء لم تضمنها أحكام القانون المدني، وتناولته أحكام مراسيم أخرى.

<u>*/ حقوق والتزامات المشتركين في الملك</u>

تطرق القانون المدني لتحديد الحقـوق وواجبات الشركاء ونحن لا نتناولها كلها، بل نتناول أهم ما يميز هذا النظام ويمنحه خاصية تجعل من إمكانية إرتقاء إلتزاماته لحقوق إرتفاق ممكنة ونفصل الأمر على النحو التالي :

<u>أولا / أهـ ـم الحقـ ـ ـ ـوق</u> :

<u>1/ فيما يتعلق بالأجزاء الخاصة</u> :

لمالك الشقة أو البناية ملكية مفرزة على أجزائه الخاصة وله أن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها على أن يتقيد في ذلك بالقيود التي ترد على حق الملكية سواء كانت قيودا قانونية أو اتفاقية.

<u>*/ حق التصرف والإستعمال والإستغلال في الأجزاء الخاصة</u> :

لقد نصت المادة **749** على ما يلي :**<< لكل شريك في الملكية لحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل وينتفع بحـرية بالأجزاء الخاصة بشرط ألا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار>>.**

كما نصت المادة 24 من المرسوم 76 – 146 والمادة **11 من المرسوم 83-666 على أنه : <<لكل شريك في الملكية الحق في أن يستعمل الأجزاء الخاصة التي يملكها وأن ينتفع بها كما يبدو له، لكن بشرط ألا يضر بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية والمحلات الأخرى وألا يمس بوجهة العمارة، وألا يقوم بأي شيء يمكن أن يعرض متانة العمارة للخطر>>.**

فنظرا لهاته النصوص الصريحة يكون للشريك الحق كاملا في الإستعمال والإستغلال والتصرف في أجزائه الخاصة بشرط إحترام حقوق باقي الشركاء، فيكون له كل حدود المالك، فله أن يبيع ملكه أو يرهنه أو يؤجره، وله القيام بما يريد من تحسينات مع الإلتزام بالشرط المفروض عليه.

2/ فيما يتعلق بالأجزاء المشتركة :

أ- حق الشريك في إستعمال الأجزاء المشتركة :

قدمنا آنفا تعريف هاته الأجزاء وتحديد طبيعة حق الشريك فيها بالتطرق لمختلف الآراء الفقهية، وانتهينا أن المستقر عليه أنها ملكية جماعية، مما يجعل استعمال هذه الأجزاء استعمالا مشتركا ويحد من استغلالها والتصرف فيها.

فإذا كان لا يجوز لمالك الشقة أن تصرف في نصيبه في الأجزاء المشتركة مستقلا عن الجزء الذي يملكه ملكية مفرزة، لأن الشيوع هنا هو شيوع جبري دائم لا يمكن الانتفاع به إلا مع الجزء المفرز.

غير أن حق الاستعمال يثير التساؤل حول إمكانية التعديل أو الإتفاق على صيانة والإصلاح والمشاركة في إدارة هاته الأجزاء إلى غيرها من الالتزمات المشتركة[1].

ونتناول ابتداءا كيفية استعمال واستغلال هاته الأجزاء وفقا لأحكام القانون المدني والمراسيم المطبقة، لننتقل فيما بعد لبيان مختلف الالتزامات والتكاليف.

ب- حق الإستعمال والإنتفاع وفق الغرض المقصود :

نصت على هذا الحق إبتداء المادة **749** من القانون المدني فتضمنت أنه :

<<لكل شريك في الملكية ... كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة بشرط ألا يمس بحقوق الشركاء >>.

كما جاء النص على الحق ذاته بالمادة **25** من **المرسوم 76– 146.**

إذ جاءت بـ :**<< يمكن لكل مالك بالنسبة للإنتفاع من الأماكن التي يحوزها أن يستعمل بكل حرية الأجزاء المشتركة وفقا لتخصيصها دون عرقلة لحقوق المالكين الآخرين أو المرتفقين.... >>.**

وتضمنت المادة **12 من المرسوم 83 – 666**، نفس النص مع عدم ذكرعبارة المرتفقين.

---

[1] د/ عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق، ص 61.

وبالتالي، فإن حق المالك الشريك على الأجزاء المشتركة هو إستعمالها والإنتفاع بها، والإنتفاع المقصود بما يسهل له الإنتفاع بالمحلات التي يملكها بكل حرية.

ولكن مع ذلك فالمشرع وضع لهذا الإستعمال والإنتفاع ضوابط وهي ما سنعرج للتطرق إليها في تناول بعض القيود والإلتزامات السلبية التي تمثل إستثناءات لاحقا.

ج- إستغلال الأجزاء المشتركة :

لقد نصت المادة 756 من القانون المدني على أن تشكل جماعة الشركاء أو الشاغلين لها جمعية تتمع بالشخصية المدنية تتولى إدارة العقار وتسيير الأجزاء المشتركة، فلا يجوز لمالك الشقة بمفرده إستغلال الأجزاء المشتركة أو أن يسيء إستغلالها، لأنها مملوكة لجماعة الملاك، فلا يجوز لأحدهم الإستئثار بها، غير أنه لكل مالك إيجار شقته أو دكانه فيشتمل الإيجار سواءًا الجزء المفرز أو الجزء المشترك.

ثانيا : أهم الالتزامات والتكاليف

إن المشرع الجزائري قد قيد مختلف الحقوق السالفة التي يتميز بها مالك الشقة بقيود وتحفظات وردت كإستثناءات، لذا سنتناول ابتداءا القيود التي ترد على استعمال الأجزاء الخاصة ثم القيود التي ترد على استعمال الأجزاء المشتركة.

1/ القيود القانونية والإتفاقية الواردة على استعمال الشريك للأجزاء الخاصة :

يتقيد مالك كل شقة أو مبنى في التمتع بها بقيود قانونية وأخرى اتفاقية ترد على حق الملكية تتمثل خاصة فيما يلي :

أ/ القيود القانونية :

1. على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه في الأجزاء الخاصة.
2. أن لا يأتي عملا من شأنه الإضرار بمصالح سائر الملاك الشركاء معه وضرورة إحترام حقوقهم.
3. وإن المالك مقيد بأن لا يغلو في استعمال أجزائه الخاصة على نحو يلحق ضررا بجاره أكثر من مضار الجوار المألوفة، وإلا كان لجاره مطابته بإزالة هاته الأضرار.

4. كما وردت تحفظات قانونية هامة في بعض المواد الورادة في المرسومين السالفين اللذان ينظمان أحكام الملكية المشتركة وهما المادتان 24 **من المرسوم 146/76** و **11** من المرسوم **83– 666** في آخر أول فقرة إذ نصت على:**<<** ومع التحفظات الآتية: التعديل:.... ويجب ألا ينجر عن هذه التعديلات أبدا أي زيادة في أعباء الجيران إلا بموافقة منهم.

* الدكاكين والمتاجر : لا يجوز أن تمارس في المحلات المستعملة دكاكين أو محلات تجارية أي تجارة يمكن أن تنطوي على أخطار الإنفجار أو الحريق أو من شأنها لما يصدر عنها من ضوضاء أو روائح، أن تضايق سكان العمارة مما قد يقتضي تحقيقا لمعرفة المنافع والمضار...

* الضوضاء **:** يجب على الشركاء في الملكية أن يسهروا على عدم تعكير هدوء العمارة في أي وقت من الأوقات بفعل منهم أو من أفراد أسرتهم أو ضيوفهم أو أناس في خدمتهم**..**

***** الإرتفاق **:** يجب أن يتحمل الشركان في الملك تنفيذ عملية تقنية الأجزاء المشتركة الجدران الفاصلة.

***** المسؤولية **:** كل شريك في الملك مسؤول حيال الآخرين عن النتائج الضارة التي يتسبب فيها هو بإهماله.

***** التنظيم والإرتفاقات : إن تنفيذ أي تنظيم يخص نظافة المدينة والأمن واجب على الجميع، وكذلك الأمر على العموم بالنسبة لكل إرتفاق حفاظا على العمارة وتحقيقا للمصلحة المشتركة**>>.**

<u>ب/ القيود الاتفاقية :</u>

أما القيود الإتفاقية فهي خاصة ما يتفق عليه مجموع الشركاء أو ما يرد في دفتر الشروط الذي ينظم الأعباء فيما بينهم.

السؤال الذي يطرح هو : هل تعتبر هذه التكاليف أو التحفظات الواردة على حق الشريك في التصرف وإستعمال أجزائه الخاصة بمثابة حقوق إرتفاق **؟**

ولماذا المشرع عبر في بعض منها بكلمة إرتفاق هل هي إلتزامات واردة على العقار، أي إلتزامات عينية تنتقل مع إنتقال العقار **؟**

وإن الجواب يكون : أنه بالفعل المشرع أورد إستثناءات سماها بالتحفظات وهي بمثابة إلتزامات تقع على عاتق الشريك في الملك بصدد إستعماله، أجزائه الخاصة وإن هاته الإلتزامات هي ذات طابع عيني وتشكل إرتفاقات ولكن بشروط محددة يجب إحترامها**؟**

فإنه يجوز بالتالي تحويل هاته الإلتزامات إلى إرتفاقات حفاظا على الملكية المشتركة وتحقيقا للمصلحة الجماعية[1]**.**

وتهدف هذه القيود للمحافظة على الطابع العام لاستعمال المبنى أو على المستوى الإجتماعي للملاك أو غير ذلك.

فهي إلتزامات يمكن إدراجها في نظام الملكية المشتركة في شكل إرتفاقات لتكون ملزمة للجميع، بشرط إحترام شروط شكلية هامة وعلى الخصوص إجراءات الشهر التي سيلي بيانها من خلال الفرع الثاني لهذا المطلب.

2/ التكاليف والالتزامات السلبية في استعمال الشريك الأجزاء المشتركة :

نركز من خلال تطرقنا للواجبات إلى أهم هذه الإلتزامات التي نبرز خاصية نظام الملكية المشتركة ومدى إرتقاء الإلتزامات بصدده إلى حقوق إرتفاق وأهمها:

أ) الإلتزام بعدم القسمة :

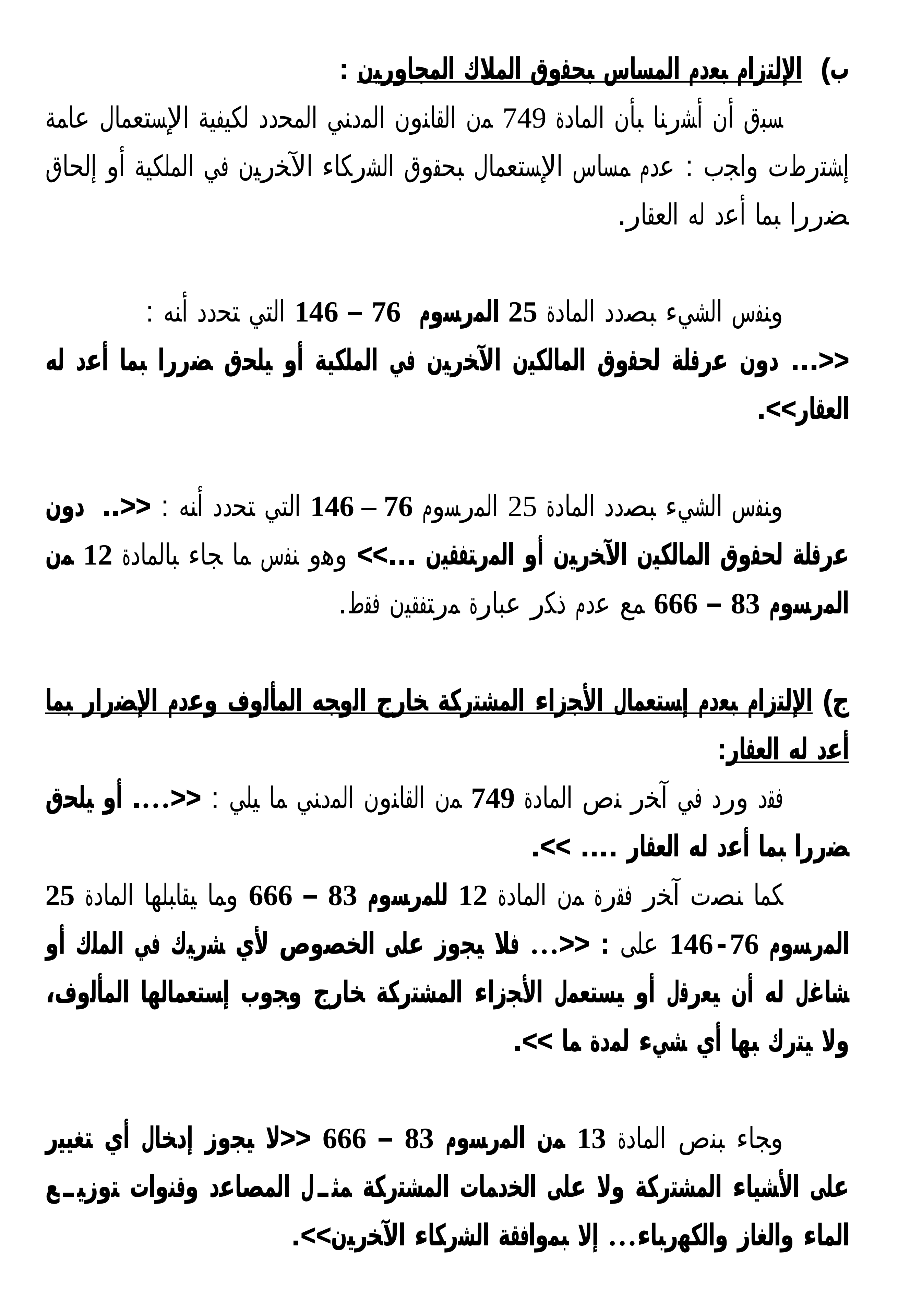
لقد سبق لنا أن تكلمنا عن هذا الواجب بإعتباره أهم خاصية من خصائص نظام الملكية المشتركة ويميزه عن نظام آخر لا يقل أهمية عنه وهو نظام الملكية الشائعة العادي.

ولعل هاته الخاصية التي أدت بالفقه أن يسمي نظام الملكية المشتركة بـ :**(الشيوع الإجباري)،** وهو نفس الإتجاه الذي سار عليه الفقه الإسلامي.

وقد تناول المشرع الجزائري هاته الخاصية في المادة **747** من القانون المدني بأن نص على : **<<لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة>>.**

---

[1] د/ زواوي فريدة : رسالة الدكتوراه، المرجع السابق، ص 138.



ب) <u>الإلتزام بعدم المساس بحقوق الملاك المجاورين</u> :

سبق أن أشرنا بأن المادة 749 من القانون المدني المحدد لكيفية الإستعمال عامة إشترطت واجب : عدم مساس الإستعمال بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو إلحاق ضررا بما أعد له العقار.

ونفس الشيء بصدد المادة **25 المرسوم 76 – 146** التي تحدد أنه :

<<... دون عرقلة لحقوق المالكين الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار>>.

ونفس الشيء بصدد المادة 25 المرسوم **76 – 146** التي تحدد أنه : **<<.. دون عرقلة لحقوق المالكين الآخرين أو المرتفقين ...>>** وهو نفس ما جاء بالمادة **12** من **المرسوم 83 – 666** مع عدم ذكر عبارة مرتفقين فقط.

ج) <u>الإلتزام بعدم إستعمال الأجزاء المشتركة خارج الوجه المألوف وعدم الإضرار بما أعد له العقار:</u>

فقد ورد في آخر نص المادة **749** من القانون المدني ما يلي : **<<.... أو يلحق ضررا بما أعد له العقار .... >>.**

كما نصت آخر فقرة من المادة **12 للمرسوم 83 – 666** وما يقابلها المادة **25 المرسوم 76-146** على **: <<... فلا يجوز على الخصوص لأي شريك في الملك أو شاغل له أن يعرقل أو يستعمل الأجزاء المشتركة خارج وجوب إستعمالها المألوف، ولا يترك بها أي شيء لمدة ما >>.**

وجاء بنص المادة **13 من المرسوم 83 – 666 <<لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء المشتركة ولا على الخدمات المشتركة مثـل المصاعد وقنوات توزيـع الماء والغاز والكهرباء... إلا بموافقة الشركاء الآخرين>>.**

د) المساهمة في نفقات الأجزاء المشتركة :

فإن العدالة تقتضي تحمل الشركاء التكاليف وفقا لقيمة الأجزاء الخاصة ولا بد على نظام الملكية المشتركة تقسيم الأعباء وفقا للمساحة وموقع الملكية، فإستفادة صاحب الطابق الأرضي بالحديقة يكون أكثر من استفادة صاحب الطابق العلوي بحكم موقعه.

إذ يجب أن يتحمل أكثر قيمة من المصاريف الخاصة بذلك لأن المادة 48 من المرسوم 666/83 تقضي بتحمل الشركاء كل المصاريف بالتساوي.

ترى الدكتورة محمدي فريدة أن هذا الحكم يثير مشاكل لا يجب الوقوع فيها وأنه يجب إعفاء صاحب الطابق الأسفل من مصاريف المصعد أو يدفع نسبة قليلة وتوزيعها يكون بصفة نسبية.

لذا يجب أن تحدد التكاليف بصفة نهائية فيستحسن أن تكون قابلة للتغيير إذا تغير تخصيص العقار، ويجب أن تحدد وفقا لقيمة العقار كله، وأن يكون للشريك الحق للطعن أمام القضاء لمراجعة التكاليف الخاصة به إذا كانت تزيد بأكثر من 5/1 تماشيا مع حكم المادة 750 من القانون المدني بشأن التكاليف التي يدفعها صاحب عقار المثل وينتقل هذا الحق إلى الخاف الخاص على أن يمارسه خلال سنة من انتقال الحق إليه[1].

هـ) الإستثناء بعدم جواز التخلي عن المساهمة في النفقات :

إن القاعدة العامة تقضي جوزا التخلي عن الإلتزام العيني بتخلي الملتزم عن الحق العيني المبني عليه، فإذا كان إلتزام مالك الشقة بالمساهمة في نفقات الأجزاء المشتركة هو إلتزام عيني لأنه ينبني على حق عيني هو ملكيته لحصة في هاته الأجزاء، فالإستثناء أنه لا يجوز التخلي عن الأجزاء المشتركة للتخاص من المساهمة في النفقات، ولا يكون ذلك إلا بالتخلي عن الشقة بما يتبعها من حصته في الأجزاء المشتركة[2]، وهذا الإستثناء الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 750 مكرر1 من القانون المدني، إذ في حالة الإمتناع عن دفع التكاليف يمكن للمتصرف اللجوء لإجراءات التحصيل الجبري.

---

[1] د/ محمدي فريدة، المقال في المجلة، المرجع السابق، ص 156.

[2] د/ عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق، ص 73 و 79.

من خلال جميع هاته الإلتزامات السلبية الواقعة على عاتق الشريك في إستعماله الأجزاء المشتركة التي تشكل بالفعل تكاليف وواجبات يتعين على كل من إنتقلت إليه ملكية الأجزاء الخاصة للعقار أن يبقى ملزما بها، ومن ثم يمكن إعتبارها إلتزامات عينية وإدراجها في شكل إرتفاقات بإعتبارها إلتزامات سلبية أصلا، فيمكن إذا تحويلها إلى إرتفاقات بشترط إحترام الشروط والقواعد الشكلية المطلوبة، وهو ما سنبينه لاحقا.

الفرع الثاني

آثار نظام الملكية المشتركة وكيفية نفاذه

يتجه قصدنا في هذا المجال إلى تحديد كيفية قيام نظام الملكية المشتركة فيما بين المالكين الشركاء وخلافئهم العامين وكيفية نفاذه في حقهم، إذ يصبحون ملزمون به فيما بينهم كما نقصد بالآثار أيضا كيفية نفاذ هذا النظام ليصبح حجة اتجاه الخلف الخاص المنتقل له العقار وكذا الغير، وأهم ما يستلزمه هو توافر بعض الشروط الشكلية لإمكان القول بانصراف الآثار وهذا ما ستنتناوله من خلال ما يلي :

أولا : الآثار إزاء المالكين الشركاء وخلفهم العام

تطرق المشرع الجزائري هنا إلى حالتين وهي حالة إمكان نفاذ هذا النظام بدون إلزامية إجراء خاص، وحالة أخرى هي تطلب المشرع لضرورة توافر نظام خاص وهو المسمى : دفتر قائمة الشروط أو الأعباء " Le Cahier de **C**harges "، وسوف نتطرق لكل حالة من الحالتين على حدى لنقدم رأينا في الأخير إزاء ذلك.

1/ المبدأ إنصراف الآثار دون الإلتزام بإجراء خاص :

ونص على هذا المبدأ المرسوم **76 – 146** المتعلق بالنظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء وذلك في المادة **98** منه بأن تضمنت ما يلي: **<< أن نظام الملكيته المشتركة هذا ملزم لمختلف المالكين، وهو يكون قانون الملكية المشتركة ويحتج به ضد مجموعة المالكين الشركاء الموقعين وخلفائهم العامين والورثاء والموصى لهم بكل المال والموهوب لهم والذين**

بقبولهم المال من مورثيهم يخضعون للإلتزام بمراعاة هذا النظام دون أي إجراء خاص لجعله إلزاميا بالنسبة لهم>>.

من خلال هاته المادة يظهر جليا أن المشرع عند صدور هذا المرسوم كان رأيه صريحا بأنه لا يتطلب لإنصراف آثار نظام الملكية المشتركة للمالكين الشركاء وخلفهم العام أي إجراء خاص إلا أن يكون وفق النموذج المحدد بموجب المرسوم نفسه فيكون من ثم قانون الملكية المشتركة ويحتج به عليه.

ب) <u>إشتراط وضع دفتر الأعباء (Le Cahier de Charge) لإنصراف الآثار</u> :

بعد المرسوم السالف صدر قرار وزاري مؤرخ في **25 جانفي 1978** متضمن إنشاء قائمة الشروط المتعلقة بالتنازل عن الأراضي المشكلة للإحتياط العقاري**.**

حيث تنص المادة الأولى منه :

<< لا بد للشركاء من وضع دفتر قائمة الشروط " Cachier de Charge"، والتي يذكر فيها من ضمن الشروط الأخرى الإلتزامات والإرتفاقات التي يلتزم الجميع بإحترامها>>.

فإن المشرع الجزائري يكون قد إشترط وضع دفتر الشروط الذي يحدد أهم أحكام الملكية المشتركة المتمثلة في الإلتزامات والإرتفاقات التي يلتزم الجميع بضرورة إحترامها.

بينما جاء مرسوم تشريعي رقم : **93 – 03** مؤرخ في **01 مارس 1993** يتعلق بالنشاط العقاري[1] ، وتناول في الفصل الرابع المتعلق بالملكية المشتركة المادة 24 منه نصت على**: << يجب أن تخضع إدارة الملكية المشتركة للبنايات الجماعية أو لتجمعات المساكن، لنظام الملكية المشتركة الذي يفرض على جميع المالكين المشتركين>>.**

فحسب نص المادة الأخيرة من المرسوم التشريعي يظهر أن المشرع إتجه إلى إعتبار أن كل المالكين المشتركين هم ملزمون بالملكية المشتركة دون إشتراط أي قيد خاص.

---

[1] المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المؤرخ في 1 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري.

وتجدر الإشارة أن تنظيم إلتزامات الخاف العام للشركاء تبقى على عاتقهم مهما إنتقلت العين، وتحكمها دائما نفس الأعباء المنظمة بموجب دفتر الشروط الأصلي الذي يتم سواء عن طريق الموثق بعقد رسمي أو بعقود تنظمها الإدارات والهيئات الخاصة.

ثانيا : الإشهار للإحتجاج اتجاه الخاف الخاص والغير

جاء نص المادة **99 من المرسوم 76– 146**[1] صريحا في هذا الشأن بأن نص على **<<إن الإلتزامات الناشئة عن هذا النظام تتبع العقار في حالة نقل الملكية وتسري على المشتري الجديد يكون المالك محررا من إلتزاماته المدرجة في هذا النظام في حالة بيعه عقاره وتقع هذه الإلتزامات آليا على عاتق المشتري الذي يراعي نظام الملكية المشتركة بوصفه مالكا شريكا للأجزاء المشتركة، وللحيلولة دون إدعاء المشتري بجهله ذلك، يخضع هذا النظام وجميع تعديلاته للإشهار الخاص والمحدد في المادة أعلاه وذلك طبقا لأحكام المادة 753 من القانون المدني* وإن إتمام هذا الإجراء يجعل نظام الملكية المشتركة بصفة آلية حجة أتجاه الخلفاء الخاصين>>.**

فالإلتزام بإشهار هذا النظام واجب يستوجب القيام به حتى يكون نافذا إتجاه الجميع وبصفة أخص الخلف الخاص الذي أشارت إليه المادة **99** أعلاه.

وأكثر من ذلك فإن الإلتزام بالشهر يجعل هذا النظام نافذا في مواجهة الغير، أيا كان كما هو الحال في إستلزام شهر حق الإرتفاق وآثار ذلك.

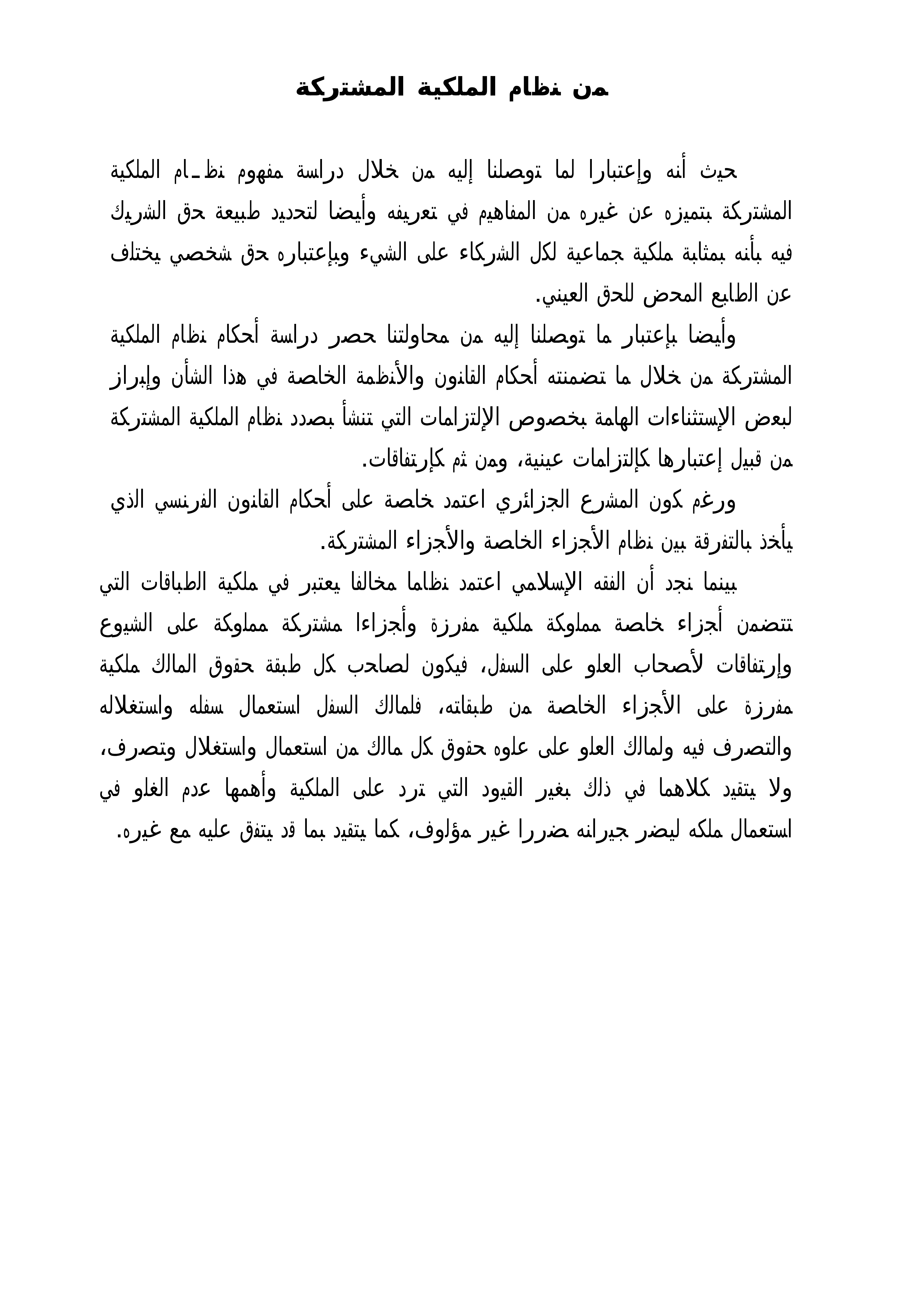
الفرع الثالث

موقف القانون الجزائري

---

[1] المرسوم رقم 76-146 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة أجزاء.

* تجدر الإشارة أن المادة 753 من القانون المدني التي تم الإحالة عليها في المادة 99 من المرسوم 76-146 السالف ، تم إلغاؤها بموجب القانون رقم 83- 01 المؤرخ في 29 جانفي 1983 المعدل والمتمم للقانون المدني مما يستوجب إعادة النظر في الماد 99 من المرسوم.



من نظام الملكية المشتركة

حيث أنه وإعتبارا لما توصلنا إليه من خلال دراسة مفهوم نظـام الملكية المشتركة بتميزه عن غيره من المفاهيم في تعريفه وأيضا لتحديد طبيعة حق الشريك فيه بأنه بمثابة ملكية جماعية لكل الشركاء على الشيء وبإعتباره حق شخصي يختلف عن الطابع المحض للحق العيني.

وأيضا بإعتبار ما توصلنا إليه من محاولتنا حصر دراسة أحكام نظام الملكية المشتركة من خلال ما تضمنته أحكام القانون والأنظمة الخاصة في هذا الشأن وإبراز لبعض الإستثناءات الهامة بخصوص الإلتزامات التي تنشأ بصدد نظام الملكية المشتركة من قبيل إعتبارها كإلتزامات عينية، ومن ثم كإرتفاقات.

ورغم كون المشرع الجزائري اعتمد خاصة على أحكام القانون الفرنسي الذي يأخذ بالتفرقة بين نظام الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة.

بينما نجد أن الفقه الإسلامي اعتمد نظاما مخالفا يعتبر في ملكية الطباقات التي تتضمن أجزاء خاصة مملوكة ملكية مفرزة وأجزاءا مشتركة مملوكة على الشيوع وإرتفاقات لأصحاب العلو على السفل، فيكون لصاحب كل طبقة حقوق المالك ملكية مفرزة على الأجزاء الخاصة من طبقاته، فلمالك السفل استعمال سفله واستغلاله والتصرف فيه ولمالك العلو على علوه حقوق كل مالك من استعمال واستغلال وتصرف، ولا يتقيد كلاهما في ذلك بغير القيود التي ترد على الملكية وأهمها عدم الغلو في استعمال ملكه ليضر جيرانه ضررا غير مؤلوف، كما يتقيد بما قد يتفق عليه مع غيره.

أما الأجزاء المشتركة فتسري عليها القواعد العامة المنصوص عليها بالنسبة للحائط المشترك وذلك بشأن حفظها وصيانتها وتعديلها، كما تسري أحكام الإرتفاقات على ما يتقرر لصاحب العلو من إرتفاقات على صاحب السفل كإرتفاق المرور أو المطل[1].

ولمعرفة موقف المشرع الجزائري وللجواب على السؤال هل إعتبر المشرع الجزائري هذا النظام وأحكامه بمثابة حقوق إرتفاق أم إعتبرها كممارسة لحق الملكية ؟

فبالنظر لما جاء في القانون المدني وتناوله لنظام الملكية المشتركة فإنه يتبادر إلى الذهن أنه يعتبرها من قبيل أحكام الملكية وصورة من صورها، أو ملكية ذات أحكام خاصة طالما تشكل إستثناءًا عن الأصل في الملكية ذات الأحكام الخاصة طالما تشكل إستثناءًا عن الأصل في الملكية وهي الإفراز عن طريق القسمة فمن هاته الزاوية هي ليست بمثابة حقوق إرتفاق ؟

لكن الإستثناء في هذا النظام يتحقق بإمكان تحويلها إلى حقوق إرتفاق من خلال قواعدها الخاصة.

1) فواجب الشهر المفروض قانونا من خلال المادة 99 من المرسوم 76 – 146 لإمكان الإحتجاج بالنظام إتجاه الخلف الخاص وحتى الغير– وإعتبار نفس المادة **<<أن الإلتزامات الناشئة عن هذا العقار في حالة نقل الملكية وتسري على المشتري الجديد....>>** يمنح الطابع العيني لهاته الإلتزامات، إذ لا يمكن التخاص منها إلا بالتخلي عن العين.

2) وكذا من خلال إستلزام توافر إجراءات خاصة حتى تنصرف آثار الملكية المشتركة إلى المالكين المشتركين من ضرورة وضع دفتر الأعباء وضرورة وجود نظام مسبقا يخضع له جميع المالكين، كما نص عليه المرسوم التشريعي **93 – 03** والقرار الوزاري المؤرخ في 25 جانفي 1978 متضمن إنشاء قائمة الشروط الخاصة بالتنازل عن الأراضي المشكلة للإحتياط العقاري.

فنؤكد أن كل هاته الإجراءات الخاصة تشكل ضوابط هامة تميز نظام الملكية المشتركة وتجعله ملزما تجاه الكافة ويمكن من ثم إعتبار الإلتزامات الناشئة عنه وفق الإجراءات الآنفة الذكر بمثابة حقوق إرتفاق حقيقية.

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار : نفس المرجع، ص 82.

وإن نظام الملكية المشتركة عموما ذو طابع عقدي يخضع تقدير خاصية الشروط فيه للقاضي، فيجوز بالتالي تحويل الإلتزامات إلى إرتفاقات حفاظا على الملكية المشتركة وتحقيقا للمصلحة الجماعية[1].

فمن خلال هذا، فإن حقوق الإرتفاق قائمة في نظام الملكية المشتركة طالما تتوافر أهم شروط حق الإرتفاق لإمتداد آثاره إلى الغير وهي على وجه الخصوص القيام بشهره.

ومن ثم يمكننا القول أن المشرع الجزائري رغم عدم أخذه صراحة بما جاء به الفقه الإسلامي، فإنه وباعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني بعد القانون حسب نص المادة الأولى للقانون المدني فيمكن الرجوع إليها للإغتراف من أحكامها التي وضعت نظاما هاما يتعلق بالملكية المشتركة.

فإذا كان الأمر هنا يدخل في نطاق حق الإرتفاق وضمن شروطه، فما هو الحال عند وجود إلتزامات من طبيعتها أنها تختلف عن حقوق الإرتفاق أصلا، فهي إلتزامات ذات طبيعة خاصة يصعب تحويلها وهو الأمر الذي سوف نتناوله في المبحث الثالث من هذا الفصل.

---

[1] د/ محمدي فريدة : رسالة الدكتوراه ، المرجع السابق، ص 138.

المبحث الثالث
في ارتقاء الالتزام بعدم المنافسة
للمحل التجاري إلى حق ارتفاق

في هذا المبحث نتطرق لمدى إمكانية تحويل بعض الالتزامات التي تعد شخصية بحتة إلى حقوق عينية ومنها حق إرتفاق أو حق عيني من نوع خاص.

وذلك راجع لكون أن هذا النوع من الالتزامات يصعب تحويلها إلى إرتفاقات سواءا بالنظر لطبيعتها أو لكونها تهدف لتحقيق مصلحة شخصية أكثر منها عينية.

وإن أهم مثال تطبيقي يمكن أن يتجسد في بعض الالتزامات الناشئة عن التصرف في المحل التجاري، وبصفة خاصة الالتزام بعدم المنافسة.

ولقد اختلفت الآراء الفقهية في إيجاد تعريف جامع لمحل تجاري رغم اتفاق معظمهم في العصر الحديث إلى معنى متقارب له، ونفس الاختلاف طرأ بشأن طبيعته، وأهم ما توصلوا إليه اعتباره كوحدة متكاملة وقائم بذاته وأنه حق مالي، وتسمى الملكية فيه ملكية تجارية وهي فكرة حديثة اعتمدها القضاء أيضا[1].

وأن القانون الجزائري لم يعرفه أيضا، بل تناوله في المادة 78 من القانون التجاري بتعداد عناصره فقط.

ومن ثم، فالمشرع الجزائري أخذ بالرأي الفقهي الذي يعتبر المحل التجاري ذو طبيعة خاصة متميزة وتناوله في أحكام خاصة، واشترط إتباع أحكام محددة في نقل ملكيته وقواعد خاصة لرهنه دون تنقل حيازته رغم صفته المنقولة، ومن ثم فإن هاته القواعد تتشابه إلى حد كبير بالقواعد المنظمة لحق الارتفاق، لهذا سنتناولها في مطلب أول قبل التطرق للإلتزام بعدم المنافسة عند التنازل عن المحل التجاري، هل هو عيني أم شخصي أم من نوع آخر ؟

---

[1] د/ نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2001، ص 178.

المطلب الأول
القواعد الشكليةالخاصة
في المحل التجاري

لقد سبق التطرق له بخصوص إكتساب حق الإرتفاق بواسطة التصرف القانوني والذي تناولناه في المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني وركزنا فيه على ضرورة توافر قواعد شكلية هامة تتمثل خاصة في الرسمية كشرط لانعقاد العقد وكذلك الإشهار العقاري لإمكانية نفاذ التصرف في مواجهة الغير وحتى بين طرفيه بل أن الإشهار مطلوب لانتقال الملكية أصلا، وهذا ماأكدنا عليه أيضا من خلال المبحث الثالث لنفس الفصل الذي يخص الأثار المترتبة على قيام حق الإرتفاق سيما كيفية نفاذه.

وأن هذه القواعد مطلوبة بخصوص حق الإرتفاق باعتبار طبيعته كونه حقا عينيا عقاريا.

حيث ولأن المحل التجاري كما سبق التطرق له من خلال طبيعته وخصائصه لكونه منقولا ذا طبيعة خاصة وإن فكرة الخصوصية هذه في بعض المنقولات -ونظرا لأهميتها- استوجبت ضرورة إخضاعها لقواعد خاصة ومن أهمها الشكلية للانعقاد وبالضرورة طبعا الإشهار العقاري نظرا للتلازم كلا الأمرين معا وعلى ضوء ذلك نتطرق للشكلية كركن في عقد بيع أو التنازل عن المحل التجاري ثم إلى الإشهار العقاري وأثره على نقل الملكية.

بالتالي نصل إلى مدى إخراج المحل التجاري من مفهومه وطابعه العام إلى الطابع الخاص المميز الذي يجعله محلا لحقوق و التزامات تكون شخصية أصلا.

ونظرا لأهمية القواعد الشكلية في هذا المجال نجد بأن القواعد الموضوعية لا تخرج عن ما تضمنته القواعد العامة من توافر الأركان العامة أو ما جاء في القانون التجاري من استلزام توافر شروط محددة في عقد بيع المحل التجاري و من ضمنها المادة 79 قانون تجاري.

الفرع الأول

الشكل الرسمي لقيام التصرف

بالرجوع لنص المادة 324 مكرر 1 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه : **"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية ...أو محلات تجارية ... في شكل رسمي ...".**

فإن هاته المادة من القانون المدني و التي تم تناولها منذ سنة 1970 بموجب الأمر 70/90 فهي صادرة حتى قبل كل من القانونين المدني والتجاري .

فإن المادة ذاتها تنص على أن الرسمية في نقل ملكية المحل التجاري شرط لانعقاد العقد وبالتالي ركن في العقد علاوة على نقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري، وأن المشرع لم يكتفي بها كوسيلة للإثبات فقط.

غير أن نص المادة 79 من القانون التجاري فتضمن ما يلي : **كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال للمحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا ".**

وإن المشرع يتكلم هنا عن الرسمية كوسيلة للإثبات وفي ذلك تناقض مع ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني.

وبمقارنة نص المادة 79 السالف مع النص الفرنسي نجد أن هذا النص يؤكد على أن الرسمية هي للانعقاد إذ ثابت فيه عبارة : " يثبت بعقد رسمي Constater ".

كما هناك قرار مبدئي للمحكمة العليا يتعلق بأن الشكل الرسمي في عقد بيع المحل التجاري هو ركن من أركان العقد طبقا للمادتين 79 تجاري و 324 مكرر 1 مدني ويترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا[1].

ومن ثم يجب تعديل نص المادة 79 من القانون التجاري في الشق الأخير في الفقرة الأولى لتصبح " يجب أن **يثّبت** بعقد رسمي" بدلا من عبارة " **إثباته**" لتتوافق مع النص الفرنسي لنفس المادة ومع ما جاء في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني،

---

(1) فيلالي علي، مقال بعنوان الشكلية في العقود ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جزء 35 رقم 03، سنة 1997.

وأيضا لتتطابق مع القرار المبدئي الذي انتهت إليه الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا المذكور آنفا.

الفرع الثاني
إعلان التصرف الوارد
على المحل التجاري

لقد استوجب المشرع الجزائري في أحكام خاصة واردة بالقانون التجاري ضرورة إشهار بيع المحل التجاري كما نص عليه بالمادة 83 من القانون التجاري فتضمنت على : " **كل تنازل عن محل تجاري على الوجه المحدد في المادة 79 أعلاه يجب إعلانه خلال خمسة عشر يوما من تاريخه بسعي المشتري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية و فضلا عن ذاك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري وبالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة فإن مكان الاستغلال ....**

ويجب أن يسبق هذا الملخص أو الإعلان تسجيل العقد الناقل للملكية أو المتنازل عنه بمقتضاه، أو التصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل وذلك في حالة عدم وجود عقد و إلا كان باطلا.

كما يجب أن يذكر تاريخ العقد وإسم كل من المالك الجديد والمالك السابق ولقبه وعنوانه ونوع المحل التجاري و مركزه والثمن المشروط بما فيه التكاليف أو التقديرات المستعملة كقاعدة لاستيفاء حقوق التسجيل، وبيان المهلة المحددة فيما بعد للمعارضات واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة...".

وأيضا حرصا من المشرع على سلامة الإشهار أو يجب تجديد الإعلان من اليوم 8 إلى 15 من تاريخ أول نشر، ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية - BOAL- خلال 15 يوما من أول نشر.

هذا وما يجب التذكير به أن ما استلزمه المشرع من دقة إجراءات الشهر في السجل العقاري بصدد جميع الحقوق العينية العقارية استلزمه وربما بأكثر صرامة

بصدد الشروط الواجبة لاستكمال إجراء الشهر بخصوص التصرفات التي ترد على المحل التجاري.

فنصل إلى نتيجة هي أن المشرع الجزائري في المادة 83 من القانون التجاري استلزم إعلان التصرف القانوني الوارد على المحل التجاري و الذي كان خاضعا للرسمية كركن شكلي للإنعقاد، فيكون المشرع قد لازم بين ضرورة الإشهار وضرورة أن يكون التصرف محل الإشهار مفرغا في الشكل الرسمي.

وإن خاصية التلازم هاته سبق أن قلنا بتطرق المشرع الجزائري لها من خلال المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 616 منه التي تنص على :

"كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

فمن أهم آثار توافر هاته القواعد هو : - يترتب على ذلك : أن ينعقد بيع المحل التجاري وعندما تكتمل الشكلية والشهر، تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري كما تصبح كل الالتزامات بين الطرفين نافذة .

كالتزام البائع بالضمان وفي صدد المحل التجاري يشكل الشرط المانع من المنافسة والتزام المشتري بدفع الثمن كما يثبت امتياز بائع المحل التجاري كما نصت عليه المادة 96 وما يليها من القانون التجاري.

كما أن إعلان التصرف الوارد على المحل التجاري وإشهاره يجعله نافذا في مواجهة الغير ويحتج به تجاه الكافة.

فيتجسد بالفعل وجه التشابه والتطابق في القواعد الشكلية التي كانت مطلوبة في التصرف القانوني الوارد على الحقوق العينية العقارية وعلى وجه أخص (ركن الشكلية للانعقاد، والإشهار للنفاذ) وكذا بخصوص المحل التجاري.

فالفكرة الأساسية المستخلصة هي التشابه الذي يقترب تدريجيا نحو التطابق بين الأحكام القانونية الخاصة بالمحل التجاري وبين العقار.

فنظام الشهر المطلوب في التصرفات على المحل التجاري غايته أو وظيفته هي إطلاع الغير وكذا معرفة المركز القانوني للمحل وما يرد عليه من تصرفات، وهي نفس الغاية أو الوظيفة من نظام الشهر المطلوب في العقار.

وإن لبائع المحل التجاري كما لبائع العقار حقي التقدم والتتبع.

ونظام التطهير المقرر لصالح حائز المحل التجاري عند بيعه لا يكون نافذا في حق الغير إلا إذا تمت إجراءات الشهر، وهي تقوم مقام إجراءات التسجيل عند بيع العقار[1].

من هنا يبقى علينا أن نتسائل **هل المحل التجاري يرتقي لدرجة عقار؟ أم أن طابعه الخاص يمنحه هاته الميزة ؟ وهل أن الالتزامات بصدده، كالتزام بعدم المنافسة هي عينية أم شخصية أم ذات طبيعة خاصة؟ وهل ممكن أن ترتقي لنفس أهمية حق الإرتفاق العيني ؟.**

المطلب الثاني

الالتزام بعدم المنافسة

حق عيني من نوع خاص

لقد إختلفت آراء الفقهاء حول إمكانية إنشاء حق عيني من نوع خاص بين مؤيد للفكرة وبين رافض لها تماما وسنتعرض إلى كل رأي على حدى لنصل في الأخير إلى محاولة تكيف موقف القانون الجزائري ورأي بعض الأساتذة من إمكانية تطبيق الفكرة في القانون الجزائري.

[1] عبد ا وافي : إمتياز بائع المحل التجاري، بحث لنيل شهادة الماجيستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، سنة 1989.

الفرع الأول
الرأي المعارض للفكرة

لقد برز جانب كبير من الفقهاء يعارض فكرة إنشاء حق عيني من نوع خاص وإستند أغلبهم إلى النتائج الخطيرة التي يمكن أن تترتب على هذه الفكرة.

وذلك بإعتبار تعلق الحقوق العينية بالنظام العام. فحق الملكية يتعلق بالنظام العام. وكذلك الحقوق العينية الجزئية التي تمثل إقتطاعا من حق الملكية، فلا يجوز أن يسمح للأفراد بإنشاء حقوق تقتطع من سلطات المالك دون أن ينظمها القانون وحتى أن الحقوق العينية التبعية نظمها المشرع بإعتبارها تتعلق بالإئتمان وبالنظام الاقتصادي للمجتمع ومن تم بالنظام العام[1].

كما يرفض الفقيه "مازو" إمكانية التوسع في مفهوم الحق العيني، ويرى أنه لا يمكن إخضاع الحقوق العينية للشهر، وبالتالي لا يمكن أن تكون نافذة في مواجهة الكافة.

وهناك من يرى أن فكرة إنشاء حق عيني من نوع خاص تمس بالنظام القانوني ككل، ذلك أن الحق العيني يعطي لصاحبه سلطات واسعة. والقانون وحده يمكنه النص عليها وتنضيمها. وبالتالي لا يمكن التهرب من النظام القانوني بأن يتاح للأفراد إنشاء ما شاؤوا من الحقوق.

وحتى أن القضاء الفرنسي لا يؤيد فكرة الإنتقال السلبي للإلتزام إلى الخلف، وخاصة الإلتزام بعدم المنافسة بصدد إنتقال المحل التجاري إذا لم يكن عالما به وأن هذا لا يمنع البائع من الرجوع بالتعويض على المشتري الذي لم يشترط على خلفه صراحة عدم منافسة البائع[2].

---

[1] د/ زواوي فريدة : رسالة الدكتوراه، المرجع السابق ، ص 141.

[2] د/ زواوي افريدة : رسالة الدكتوراه ، المرجع السابق، ص 142.

وهناك العديد من الفقهاء كالمصريين الذين أخذوا بالرأي المعارض للتوسع في إنشاء حقوق عينية أخرى و أهمهم الفقيه السنهوري في مؤلفه[1] معتمدا على ماجاء في القانون المصري ويذكر ما يلي : أن الحق العيني، خلافا للحق الشخصي، يحتج به على الكافة ولا يقتصر أثره على طرفي العقد فقط بل ينفذ في حق الغير سواء علم به الناس أو جهلوه، طالما يفترض علم الجميع به لأنه خاضع للشهر.

وأن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين أثارها أمر يتعلق بالنظام العام، فالإتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة يقع مخالفا للنظام العام.

وإن المشرع عندما نظم الحقوق العينية، نظمها حقا حقا وأحصاها، فهو قد إقتطع من حق الملكية كافة الحقوق الأصلية المتفرعة عنها، وتطرق لكل حق منها، ويضيف اللأستاذ السنهوري ليقول بخصوص: حقوق الأرتفاق أنه نصت المادة: 1019 مصري على أنه: "تخضع حقوق الإرتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها...".

فأعطى القانون للإتفاق ما بين الأفراد، مجالا واسعا في تقرير حقوق الإرتفاق وفي تقرير القواعد التي تخضع لها هذه الحقوق. ولعل هذا الباب أوسع باب تدخل منه الإتفاقات الخاصة على الحقوق العينية. إذ يستطيع إنشاء حقوق إرتفاق متنوعة غير محصورة بموجب إتفاق خاص.

ومع ذلك فإن إنشاء حقوق إرتفاق بموجب إتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التي تحكم حقوق الإرتفاق. ولا يجوز بإتفاق خاص مخالفة هذه القواعد[2] وأول هذه القواعد أن حق الإرتفاق يرد على عقار ولفائدة عقار، فلا يجوز أن يتقرر لمصلحة شخص ومن ثم جاءت خاصيته أنه حق عيني عقاري.

ونخلص من خلال تناولنا آراء الفقهاء المعارضين لفكرة إنشاء حق عيني من نوع خاص أنهم إتفقو على عدم إمكان إنشاء مثل هاته الحقوق لما يشكله الأمر من نتائج خطيرة يمكن أن تترتب عليها.

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج 8 ، المرجع السابق، ص 217 وما يليها.

[2] د. عبد الرزاق الرزاق السنهوري : الوسيط ج 4 ، المرجع السابق، ص 627.

وإنه بالنظر لما ذكره الفقيه السنهوري حول أن ترك إنشاء حقوق الإرتفاق إلى إتفاق الأفراد يبقى معه المجال واسعا حول إمكانية إنشاء عدة حقوق إرتفاق متنوعة غير محصورة.

فمن ثم يبدو أن أمر إنشاء بعض الحقوق العينية من نوع خاص يبقى أمرا ممكنا وليس هناك مجال للقول بعدم جوازه على الإطلاق وهو الشيء الذي ينادي به أصحاب الرأي المؤيد.

الفرع الثاني
الرأي القائل بإمكانية إنشاء حق عيني من نوع خاص

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية التي ذكرها القانون ليست هي كل الحقوق العينية الممكنة،بل أنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى بإتفاقات خاصة كما يمكن بإتفاقات خاصة إدخال بعض التعديلات على الحقوق التي ذكرها القانون وقد أخذ بهذا الرأي خاصة الفقه الإيطالي.

كما أن القضاء أخذ بإمكانية إنشاء هذا الحق وهو الذي طوره، إذ يحدث أن يشترط صاحب المتجر مع منافس له على عدم فتح محل تجاري مماثل لمحل في منطقة معينة ولمدة معينة.

فالقضاء يرى وجوب اعتبار هذا الشرط جزءا من المتجر لازما لاستغلاله، بحيث لا ينفصل عنه فيلازمه في العمليات القضائية التي تجري عليه[1].

---

[1] د/ محسن شفيق : المحل التجاري، مقال وارد في مجلة القانون والإقتصاد المصرية، العدد 03 و 04 السنة العاشرة، 1940، دار الطباعة المصرية، ص 95.

كما أن هناك عدة أحكام للقضاء الفرنسي يستند عليها الفقهاء المؤيدون لهاته الفكرة ومن أهم هاته الأحكام، حكم محكمة إستئناف "روان Rouen " الصادر بتاريخ 28-11-1925 الذي جاء فيه: "حيث أن الزوجين "ج" المالكين لمحل بيع ملابس الرجال والنساء والأطفال، ثم قاما ببيع المحل التجاري للزوجين "م" مع الإحتفاظ بالقسم الخاص بملابس النساء ومع إشتراط عدم ممارسة الزوجين "م" لبيع ملابس النساء وبعد فترة تصرف الزوجين "م" في المحل لمؤسسة "لرا" بعقد بيع المحل التجاري لبيع ملابس الرجال والأطفال غير أن المؤسسة قامت ببيع ملابس النساء، فرفع الزوجين "ج" دعوى على المؤسسة على أساس مخالفتها لشرط عدم المنافسة المتفق عليه مع الزوجين "م".

فقضت محكمة "روان Rouen" بإزالة المنافسة وبإعتبار الحق الذي إكتسبه الزوجان "ج" حق عينيا على منقول و يكون نافذا في مواجهة جميع مستغلي المحل التجاري بالتتابع[1].

لكن هذا الحكم إنتقد بشدة ، خاصة لأن إنشاء حق عيني على منقول، ولأن هذا الحق هو حق إرتفاق لا يمكن تصوره في المنقولات. وحتى و إن كان حقا عينيا من نوع خاص فيكون تهربا من الشروط التي يتطلبها المشرع في حق الإرتفاق.

/* خلاصـ ـ ـة الآراء :

فإنه وبالرغم من كل هاته الإنتقادات نؤيد الرأي الذي توصلت إليه الأستاذة الدكتورة : محمدي فريدة في رسالتها من أن اللجوء إلى فكرة الحق العيني من نوع خاص يكون نظرا للطبيعة الخاصة للمحل التجاري- التي سبق لنا أن أشرنا إليها - بشرط أن يكون الخلف عالما به قبل التعاقد فقط. ويجب أن يلعب الموثق هنا دوره في هذا المجال، ذلك أن عقد بيع المحل التجاري لا بد من إفراغه في الشكل الرسمي طبقا للمادة 324 فقرة 1 قانون مدني جزائري كما سلف أن وضحناه.

---

[1] د/ محمدي فريدة : رسالة الدكتوراه ، المرجع السابق ، ص 140.

فيجب على الموثق أن يبين الإلتزامات التي إلتزم بها السلف مسبقا والمتعلقة بالمحل التجاري، وإدراجها ضمن العقد ليلتزم بها الخلف بمقتضى العقد.

على أنه ليس هناك ما يمنع البائع الذي يريد أن يبقى خلفا للمشتري ملزما بعدم المنافسة من أن يقوم بقيد هذا الحق بالسجل العمومي الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري، وهو مثله مثل الرهن الحيازي بعقد رسمي ذلك أن المشرع الجزائري قد خرج فيه عن القواعد الخاصة برهن المنقولات وذلك لأن المحل التجاري له طبيعة خاصة تجعل الرهن فيه يتم بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بكتابة المحكمة التي يستغل في دائرة إختصاصها المحل التجاري وهذا وفقا للمادة 120 تجاري جزائري.

من تم فإنه لا مانع من إخضاع الإلتزام بعدم المنافسة بإعتباره حقا عينيا من نوع خاص إلى نفس الإجراء (وهو إجراء القيد أو التسجيل) وغاية ذلك لأجل إطلاع الغير عليه وإلزام الخلف به[1].

وترى نفس الأستاذة أنه يجب أن تتقارب نظم شهر الحقوق العينية على سائر الأموال المعينة تعيينا ذاتيا، وخاصة المحل التجاري بإعتباره منقولا معنويا ذو طبيعة خاصة.

وهو نفس الرأي الذي يأخذ به الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي الذي يعتبر المحل التجاري منقولا معنويا لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ولا للقواعد الخاصة برهن المنقولات[2].

ويتجه الدكتور علي البارودي إلى نفس الرأي : الذي مؤداه أن رهن المحل التجاري ليس رهنا حيازيا بل هو رهن رسمي و يجب أن يعتبر المحل التجاري عقاري وتطلق عليه أحكامه[3].

---

[1] د/ زواوي فريدة : نفس المرجع، ص 143.

[2] د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس في مصادر الإلتزام، مطبعة النهضة، 1984 ، ص 312 وما يليها.

[3] د/ علي البارودي : مقال بعنوان المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، السنة10، 1960 ، العدد 3، ص 44 وما يليها.

فمن خلال كل ما سبق وبالنظر لهاته الآراء الأخيرة ولإمكان الجواب عن السؤال المطروح في بداية المبحث وهو:

إمكانية توسيع حق الإرتفاق، وهل يمكن أن ترتقي بعض الإلتزامات عن المحل التجاري كالإلتزام بعدم المنافسة إلى حق إرتفاق أو حق عيني من نوع خاص ؟

نخاص إلى ما يلي :

فإذا كان مفهوم حق الارتفاق العيني العقاري هو الحد من مصلحة عقار لفائدة عقار آخر، وإذا كانت طبيعة المحل التجاري بأنه مال منقول معنوي، والذي هو أصلا لا يقبل أن ترد عليه حقوق عينية، ولأن هاته الحقوق العينية يمكن أن تكون لها نفس الطبيعة والقواعد الخاصة التي يتميز بها المحل التجاري.

فيمكن بالتالي اعتبار الالتزام بعدم المنافسة ما هو إلا تحديدًا من مصلحة محل تجاري لفائدة محل تجاري آخر، ولا مانع أن تكون هاته المصلحة لفائدة شخص معين أو محل معين إذ لسنا هنا في مجال الارتفاق لاستلزام توافر شروطه، بل نحن بصدد حق عيني من نوع خاص له أحكامه وطبيعته الخاصة.

فإذا كان واضعوا القانون الفرنسي أرادوا تحديد الحقوق العينية على سبيل الحصر، فإن غرضهم من ذلك هو عدم السماح للأفراد بإنشاء حقوق من نوع خاص تعود بهم للخدمات الإقطاعية[1] .

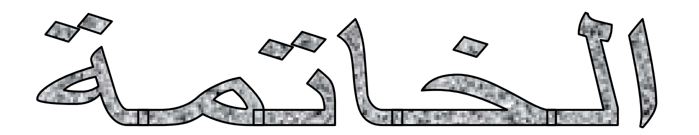
فيجب التأكيد أننا بصدد التكلم عن حق عيني من نوع خاص وارد على محل تجاري يعد ذو طبيعة خاصة، فيتعين قبول إنشاء هذا الالتزام (الالتزام بعدم المنافسة) لوجود الضرورة، إذ يمكن بالتالي تحويله إلى حق عيني من نوع خاص.

لكن يستلزم لنفاذه في حق الغير أن يتوافر العلم المسبق بأن يتم شهره أو قيده كما هو جار عليه الحال بالنسبة للرهن الوارد على المحل التجاري وكما تتطلبه إجراءات شهر المحل التجاري طبقا للمواد 83 و 120 من القانون التجاري.

---

[1] د/ محمدي فريدة : رسالة دكتوراه، المرجع السابق ، ص 144.

الخاتمة



الخاتمة

من خلال بحثنا هذا، وبالنظر إلى الإشكالية والأسئلة التي طرحناها في بدايته نصل إلى بعض الاستنتاجات المهمة التي وقفنا عليها خلال مختلف مراحل الدراسة.

أنه نظرا للوظيفة الاجتماعية التي أصبحت تعرف بها الملكية نتيجة التطورات فباتت القوانين تتدخل لوضع قيود وضوابط في شكل التزامات عينية.

هذا ورغم أن الفقه الإسلامي كان قد عرف فكرة الالتزام العيني منذ زمان ونادى بها تحقيقا للمصلحة العامة ولسلامة المجتمع بمنع وقوع الضرر واعتبر فقهائه الالتزامات والارتفاقات كقيود على الملكية.

وإن المشرع الوضعي عليه أن يعيد النظر في أحكام الإرتفاق، إذ أصبحت غير مرغوب فيها لكونها جاءت كحد لإطلاق سلطات المالك وكاستثناء لمضايقة حريته.

ولأجل ذلك توصلنا في دراستنا إلى بعض النتائج :

1/ فالقيود القانونية الواردة على الملكية العقارية باعتبارها تحد من منفعة عقار لفائدة عقار يملكه شخص آخر، مما يزيد من التقارب بينها وبين حقوق الإرتفاق الذي يعرف بنفس الشكل، كما أنها التزامات عينية يجب إخضاعها لأحكام هذا الالتزام.

أما أوجه الاختلاف عن حق الارتفاق ترجع لكون هذا الحق يتقرر على عقار ولفائدة عقار آخر، فيخرج بكلا العقارين المرتفق والمرتفق به عن النظام المألوف لحق الملكية.

أما القيود الواردة على الملكية، فهي تدخل ضمن النظام المألوف المفروض قانونا، اقتضاءا لمصلحة عامة أو خاصة كقيود الجوار، الري، الصرف، وضع الحدود، حق المرور.

2/ وانتهينا أيضا أن بعض الالتزامات يمكن تحويلها سواءا العينية أو الشخصية كما اتجه إليه القضاء الفرنسي وذلك عندما تشكل ارتفاقا فعليا، أو تعد من ملحقات حق الارتفاق، أو كالتزامات سلبية تختلط مع حق الإرتفاق وتندمج معه كالتزامات عينية بإعتبارها امتدادا للحق العيني أو من ملحقاته.

3/ وتوصلنا أيضا إلى تطبيقين هامين بصددهما يمكن تحويل التزاماتهما أو التكاليف التي تفرض إلى حق إرتفاق أو فيما معناه وهما :

أ/ التزام الشريك في الملكية المشتركة : إذ يفقد حقه لينتقل إلى الجماعة، وتقوم عليه مجموعة التزامات مشتركة وقيود سلبية (كالإلتزام بعدم القسمة – الالتزام بالصيانة – الإلتزام بعدم المساس بحقوق الملاك المجاورين).

وإن هذه القيود والإلتزامات تعتبر عينية، ومن ثم يمكن تحويلها إلى ارتفاقات تحقيقا للمصلحة الجماعية لأن محلها هو العقار كما هو محل حق الإرتفاق، ويمكن إدراجها في نظام الملكية المشتركة في شكل ارتفاقات لتكون ملزمة للجميع بشرط احترام شروط شكلية هامة خاصة الشهر لإمكان الإحتجاج بها.

ب/ الإلتزام بعدم المنافسة في التصرف بالمحل التجاري :

لم تكن من دراسة هذا الإلتزام الدخول في متاهات موضوع المحل التجاري، بل لإبراز مدى خصوصيته، لأن المحل التجاري هنا هو الشيء الذي يرد عليه هذا الإلتزام، وإن القواعد التي تحكمه هي قواعد خاصة يتطلب المشرع فيها الشكلية وكذا الإعلان أو الإشهار كما يتطلبه في العقار.

كما أن الإلتزام بعدم المنافسة باعتباره وارد على المحل التجاري ، فإن غايته هي الحد من منفعة محل تجاري لفائدة محل تجاري آخر، وهو نفس تعريف الإرتفاق.

فإذا لم يمكن تحويله إلى إرتفاق ذو الطبيعة والقواعد الخاصة المحددة فيمكن تحويله على الأقل إلى حق عيني من نوع خاص، كما نادى به القضاء الفرنسي خاصة، وكل ما يستلزم وهو ضرورة توافر الشروط الشكلية والشهر، وإلزام إدراجه كشرط في العقد حتى يكون حجة على الكافة وملزما لهم.

المراجع

الكتب والرسائل :

أ/ باللغة العربية :

1. **د/ أبو السعود رمضان** : مصادر الحقوق العينية الأصلية في القانونين المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، سنة 2002.
2. **أبو غنيمة عبد العزيز عبد القادر** : الالتزام العيني بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1972.
3. **د/ أحمد فراج حسين** : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بدون سنة.
4. **د/ أحمد سلامة** : الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1980.
5. **د/ أحمد محرز محمد** : الحق في المنافسة المشروعة ، سنة 1997.
6. **د/ أحمد محرز محمد** : القانون التجاري الجزائري، ج 01 ، د. م . ج الجزائر ط 2، سنة 1980.
7. **د/ البارودي علي** : مبادئ القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية سنة 1977.
8. **د/ باشا عمر حمدي** : نظام الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2001.
9. **د/ جوزيف نخلة سماحة**: المزاحمة غير المشروعة (دراسة قانونية مقارنة)، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى ، سنة 1991.
10. **حمدان حسين عبد اللطيف** : أحكام الشهر العقاري ، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، بيروت.
11. **دغنوشي عبد الرحمن** : حق الملكية والقيود القانونية التي ترد عليه في القانون الجزائري، بحث لنيل الدراسات العليا، جامعة الجزائر، سنة 1977.

12. **زهدي يكن** : الملكية والحقوق العينية علما وعملاء، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
13. **زهدي يكن** : شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية، الجزء الأول، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، بيروت.
14. **زواوي فريدة** : مبدأ نسبية العقدن رسالة دكتوراه الدولة، جامعة الجزائر، سنة 1993.
15. **زواوي فريدة** : الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني مقارنا، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، فيفري 1987.
16. **سمير الشرقاوي** : القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة، سنة 1975.
17. **صداقي عمر** : شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.
18. **عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
19. **عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1968.
20. **عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.
21. **عبد الرزاق السنهوري** : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دارسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة 1954.
22. **عبد الفتاح عبد الباقي**: دروس في مصادر الالتزام، مطبعة النهضة، مصر 1984.
23. **علي سليمان علي** : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1990.
24. **عبد الناصر توفيق العطار**: تمليك الشقق والطبقات، مطبعة السعادة، القاهرة، 1977.
25. **عبد المنعم فرج الصدة** : الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، بيروت سنة 1978.
26. **أ/ فؤاد ظاهر** : حقوق الارتفاق في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 2002.

27. **د/ فضيل نادية**: القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001.
28. **د/ محمد حسين منصور** : الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.
29. **د/ مصطفى كمال طه** : القانون التجاري، الدار الجامعية، سنة 1988.
30. **د/ محمد كامل مرسي باشا** : شرح القانون المدني الجديد، شهر التصرفات العقارية، العقد كسب لكسب الملكية، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1949.
31. **د/ محمد كامل مرسي باشا** : شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الحقوق الأصلية المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، مصر ، سنة 1951.
32. **مجلة الأحكام العدلية** : المطبعة العثمانية، القسطنطينية، الطبعة الثانية 1305 هـ .
33. **د/ نبيل ابراهيم سعد** : الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، سنة 2003.
34. **نزيه محمد الصادق** : الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة.
35. **النشار جمال خليل** : تصرف الشريك في المال الشائع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
36. **وحيد الدين سوار محمد** : شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، مطبعة ألف باء، سنة 1969.
37. **وافي عبد ا** : امتياز بائع المحل التجاري، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر سنة 1989.

<u>ب/ باللغة الفرنسية :</u>

1. **BERGEL Jean Louis, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti** : Traité de Droit Civil (les Biens), LGDJ, Edition DELTA, Année 2000, Paris, P 32.

2. **BERGEL Jean Louis** : Les Servitudes de Lotissement à Usage d’habitation Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.

3. **HANSENNE Jacques & RENARD Claude :** La Propriété des Choses et les Droits Réels Principaux, Volume III, Presse Universitaire, de Liège.

4. **DEBEAURAIN Jean :** in Juris Classeur «Civil» Servitude légale généralité, fascicule 30, Edition Technique, 5ème Année 1994.

5. **J.M PARDESSUS :** Traité des servitudes ou services foncières, Librairie de la cour de cassation, Paris.

المقالات والدوريات :

1. **البارودي علي** : المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، السنة العاشرة 1960.
2. **عليوان راضية** : بحث لنيل شهادة الماجستير تحت عنوان حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2001/2000.
3. **مرسي باشا محمد كامل** : قيود البناء الاتفاقية، هل تعتبر ارتفاقات أم التزامات شخصية ؟ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية العدد الرابع، السنة التاسعة، 1939.
4. **محسن شفيق** : المحل التجاري، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد الثالث والرابع، السنة العاشرة، دار الطباعة المصرية 1940.
5. **موالك بختة** : المادة 324 مكرر من القانون المدني، وتطبيقها على البيع العقاري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1993.
6. **نويري عبد العزيز** : الشكلية وآثارها على التعاقد في القانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة الشرطة ، 1988.
7. الندوة الوطنية للقضاء العقاري الصادرة عن مديرية الشؤون المدنية لوزارة العدل، ديوان الأشغال التربوية 1995.
8. المجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، ديوان الأشغال التربوية :

أ- سنة 1989 عدد 02.
ب- سنة 1997 عدد 01.
ج- سنة 1999 عدد 01.

9. **زواوي فريدة :** مقال بعنوان ضرورة إعادة تسيير الملكية المشتركة م.ج.ع.ق الجزء 37 رقم 02، سنة 1999.
10. **فيلالي علي :** مقال بعنوان الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري م.ج.ع.ق، الجزء 42 رقم 02 ، سنة 2000.
11. **فيلالي علي :** مقال بعنوان الشكلية في العقود م.ج.ع.ق الجزء 35 رقم 03، سنة 1997.
12. **بلحاج العربي :** مقال بعنوان حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، م.ج.ع.ق جزء 34 رقم 04 ، سنة 1996.

القوانين والمراسيم :

1. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري.
3. الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
4. الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة.
5. المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.
6. المرسوم 76-146 الصادر في 1976/01/23 المتضمن النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء المعدل والمتمم.
7. المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية.

8. المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم بالمرسوم 84-400 المؤرخ في 1984/12/24 والمعدل بالمرسوم 92-134 المؤرخ في 1992/07/07.
9. المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1996 المعدل والمتمم بالمرسوم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993.
10. المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتعلق بالقواعد عامة للتهيئة والتعمير والبناء.
11. المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد الإيجار.

الفهرس